



Universidad
de Alcalá

**ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO-
CRIMINAL DE LOS DELITOS DE
PROSTITUCIÓN (ARTS.187 Y 188 CP)**

**DOGMATIC AND POLITICAL-CRIMINAL
ANALYSIS OF THE CRIMES OF
PROSTITUTION (ARTS. 187/188 OF THE
SPANISH CRIMINAL CODE)**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D.^a SARA DE LOMA ADÁN

Dirigido por:

PROF. DRA. D.^a CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ

Codirigido por:

PROF. DRA. D.^a RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Alcalá de Henares, a 8 de enero de 2020

RESUMEN

Este Trabajo Fin de Máster tiene por objeto el estudio de los delitos de prostitución recogidos en los arts. 187 y 188 del Código Penal.

A lo largo de estas páginas hablaremos de la prostitución como fenómeno social y como delito recogido en nuestro Código Penal.

Para ello hemos estimado oportuno dividir el trabajo en dos grandes bloques. El primero de ellos, referente al punto de vista ético-social, habla de la prostitución como fenómeno a lo largo de nuestra historia. Se tratarán temas como el concepto de prostitución, los modelos que se han ido sucediendo temporalmente en la concepción de esta actividad, su regulación, etc. Sin dejar a un lado el debate que ha surgido sobre si la prostitución constituye o no una vulneración de los derechos fundamentales de las personas que lo ejercen, y si puede ser entendido como una relación laboral, y por tanto regularse como otras actividades económicas. Por su parte, el segundo bloque se encuentra destinado a un análisis profundo desde el punto de vista dogmático y político criminal de los artículos 187 y 188 del CP. Aquí analizaremos los diferentes elementos que integran el tipo básico, los tipos agravados, las formas de autoría o los concursos en los que pudiesen confluir con otros delitos.

Palabras clave: Prostitución, delito, Código Penal, 187, 188, Derechos Fundamentales...

ABSTRACT

The purpose of this Master's Dissertation is to study the crimes of prostitution included in the articles. 187 and 188 of the Spanish Penal Code.

Throughout these pages we will talk about prostitution as a social phenomenon and as a crime included in the Spanish Criminal Code.

To this end, we have considered it appropriate to divide the work into two large blocks. The first of these refers to the ethical-social point of view, and talks about prostitution as a phenomenon throughout our history. Topics such as the concept of prostitution, the models that have temporarily followed each other in the conception of this activity, its regulation, etc. Not to mention the debate that has arisen over whether or not prostitution constitutes a violation of the fundamental rights of the people who engage in it, and

whether it can be understood as an employment relationship, and therefore be regulated like other economic activities.

The second block is devoted to an in-depth analysis from the legal and criminal political point of view of Articles 187 and 188 of the CP. Here we will analyze the different elements that make up the basic type, the aggravated types, the forms of authorship or the contests in which they could converge with other crimes.

Key words: Prostitution, Crime, Penal Code, 187, 188, basic rights...

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
BLOQUE I: LA PROSTITUCIÓN VISTA DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICO-SOCIAL.....	5
I. Concepto y regulación de la prostitución en España	5
a. ¿Qué entendemos por prostitución?	5
b. Diferentes modelos de regulación (reglamentarismo, abolicionismo, prohibicionismo y laboralista).....	6
c. Regulación de la prostitución callejera: las ordenanzas cívicas	9
d. Regulación de los locales destinados al ejercicio de la prostitución	13
e. Opinión de los tribunales a través del estudio de su jurisprudencia.....	15
II. La prostitución y los derechos fundamentales.....	17
a. ¿Es el ejercicio de la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?..	17
b. La trata de personas con fines sexuales.....	19
III. La prostitución como relación laboral.....	24
a. Las trabajadoras sexuales y sus derechos laborales.	24
b. Regulación laboral de la prostitución.....	27
BLOQUE II: LA PROSTITUCIÓN: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS ARTS. 187/188 CP.	32
I. Análisis dogmático y político criminal de los tipos básicos del art.187 CP	33
1. Bien jurídico protegido.....	33
2. Elementos objetivos del tipo	34
a. Conducta típica.....	35
b. Sujetos	41
3. Elementos subjetivos del tipo.....	41
4. Tipos agravados.....	44
5. <i>Iter criminis</i> , autoría y participación	46
a. <i>Iter criminis</i>	46
b. Autoría y participación.....	49
6. Concurso de delitos	51
II. Análisis dogmático y político criminal de los tipos básicos del art. 188 CP	53
1. Bien jurídico protegido.....	54

2.	Elementos objetivos del tipo básico	54
a.	Conducta típica.....	54
b.	Sujetos	56
3.	Elementos subjetivos del tipo.....	57
4.	Tipos agravados.....	58
5.	La responsabilidad del cliente en el art. 188.4 CP	62
6.	<i>Iter criminis</i> , autoría y participación	65
a.	<i>Iter criminis</i>	65
b.	Autoría y participación.....	66
7.	Concurso de delitos	66
	CONCLUSIONES.....	68
	BIBLOGRAFÍA	71

ABREVIATURAS

- ADPCP → Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- AJEE → Anuario Jurídico y Económico Escorialense
- Art. → Artículo
- BOE → Boletín Oficial del Estado
- CEFD → Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho
- CP → Código Penal
- DL → Derechos y Libertades
- DOCE → Diario Oficial de las Comunidades Europeas
- EPC → Estudios Penales y Criminológicos
- FJ → Fundamento Jurídico
- ICE → Revista de Información Comercial Española
- LO → Ley Orgánica
- MDM → Médicos del Mundo
- PS → Política y Sociedad
- RAE → Real Academia de la Lengua Española
- RCCSJ → Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas
- RCPP → Revista Crítica Penal y Poder
- RDPC → Revista de Derecho Penal y Criminología
- RECPC → Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- SAN → Sentencia de la Audiencia Nacional
- STS → Sentencia del Tribunal Supremo
- STSJ → Sentencia Tribunal Superior de Justicia
- TS → Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La prostitución, como todos sabemos, es una actividad que consiste en mantener relaciones sexuales (u otro tipo de actividades de esta índole) a cambio de una retribución económica. Bien es sabido por todos que comúnmente esta actividad es conocida como “el oficio más antiguo del mundo”. ¿Pero hasta qué punto eso es cierto?

Pues bien, haciendo un breve repaso a la evolución histórica de esta actividad, vemos que existen referencias a ella desde épocas antiguas., debido a que la prostitución se ha practicado a lo largo de toda la cultura tanto antigua como moderna, hasta la actualidad. Generalmente se cree que esta actividad tiene su origen en la ciudad de Roma, en época latina, puesto que su procedencia etimológica proviene de allí. No obstante, debemos remontarnos más atrás en el tiempo para localizar el inicio de la prostitución¹.

Ya en época mesopotámica (entorno al S.XVIII a.C.) encontramos los primeros indicios de la prostitución, nos referimos concretamente a las leyes recogidas en el Código de Hammurabi, que regulaban los derechos de herencia de las prostitutas. Lo que nos lleva a pensar que ya entonces se ejercía esta actividad. En Babilonia las mujeres eran obligadas a practicar actividades sexuales con personas extranjeras como símbolo de hospitalidad, situación que se equipara con la prostitución, aun cuando no recibían contraprestación económica².

En Grecia y Roma las cosas eran algo diferentes. Tanto hombres como mujeres se dedicaban a la prostitución y debían vestir de una forma diferente al resto de ciudadanos, identificándose así por su profesión, y, además, fue durante esta época cuando se crearon los primeros burdeles. Por su parte, Roma era una ciudad conocida por su enorme libertad sexual. Allí había toda una clase social de mujeres que eran educadas para cumplir estas necesidades carnales, sin dejar a un lado su desarrollo intelectual, ya que para ellos el sexo y la conversación eran fuentes de placer estrechamente relacionadas³.

¹FERRANDO CASTRO, M, Prostitutas en la Historia e historia de la prostitución, 2014, https://redhistoria.com/putas-en-la-historia/#.Vxn5_c6lIFU [última visita: 29/01/2021].

²FILOSOFÍA DE RAÍZ, La prostitución y su evolución, Filosofía de raíz, 2016 <https://filosofiaderaiz.wordpress.com/2016/04/22/la-prostitucion-y-su-evolucion/> [última visita: 29/01/2021].

³ Ídem.

Pero no sería hasta la Edad Media y el Renacimiento que la prostitución pase a cambiar de consideración, y se vea como algo moralmente reprochable (posiblemente como consecuencia de la gran influencia religiosa que había entonces) pero a su vez como un mal necesario. Por este motivo ya en Época Moderna se establecen las primeras reglamentaciones policiales y esta actividad queda bajo la supervisión de una “madame” o persona responsable que se encargaba de que se cumplieran estas normas⁴.

Actualmente, como veremos a lo largo de este trabajo, la prostitución no ha perdido este cariz de negatividad, y sigue siendo considerada una conducta reprobable en nuestros días. Además, esta actividad, como muestran fuentes policiales, es objeto de relaciones criminales y el porcentaje de mujeres que se ven obligadas a ejercer la prostitución es muy superior a las que lo eligen libremente.

Durante el trabajo haremos referencia a esta evolución. En el primer bloque, que parte de una perspectiva ético-social, analizaremos en profundidad el concepto de prostitución que rige en la actualidad y su repercusión en la sociedad. A lo largo de este apartado también trataremos el tema de la normativa que regula esta actividad, el conflicto que genera con la posible vulneración de derechos fundamentales, y la viabilidad de reconocer la prostitución como una relación laboral.

Tras este breve resumen sobre el origen y la evolución conceptual de la prostitución a lo largo de las diferentes etapas históricas, vamos a ver cómo ha sido la regulación de esta actividad en nuestro país hasta la fecha.

Durante la Época Medieval España fue un país tolerante de esta práctica, no existían normas que la regulasen o la limitasen hasta el reinado de Felipe IV en el S. XVII. Fue entonces cuando el rey ordenó acabar con todos los burdeles, y, en consecuencia, las prostitutas se vieron obligadas a ejercer su actividad en zonas públicas. Esto se mantuvo así, pese a las críticas y la oposición social, hasta el S. XIX⁵.

No sería hasta 1874 con el Reglamento para la represión de los excesos de la prostitución en Madrid, cuando comenzaría a regularse el ejercicio de esta actividad en España, a pesar

⁴ FERRANDO CASTRO, M, Prostitutas en la Historia e historia de la prostitución, 2014, https://redhistoria.com/putas-en-la-historia/#.Vxn5_c6lIFU [última visita: 29/01/2021].

⁵ GUEREÑA, Jean-Louis, Dynamis, 15, 1995, p.401 y ss.

de haberse aprobado el CP en el año 1848. Los objetivos fundamentales eran el empadronamiento y la vigilancia sanitaria periódica de las prostitutas⁶.

Los años que siguieron fueron muy turbulentos; durante la Segunda República la prostitución se estableció como una actividad prohibida, prohibición que se abolió durante la dictadura franquista, para posteriormente volverse a declarar ilícita. Y aunque la democracia se restituyó en 1975, no fue hasta 1995 cuando se revisó y reformó el CP, incluyendo en el articulado el delito de prostitución⁷.

La evolución de este delito y su tratamiento en las diferentes reformas que ha sufrido nuestro CP se analizará más profundamente a lo largo del cuerpo del trabajo. Para ello, dedicaremos el segundo bloque a hacer un análisis político criminal de los delitos de prostitución, concretamente los arts. 187/188 CP, donde los desglosaremos y veremos las partes que lo integran. Hablaremos del bien jurídico protegido, sujetos, elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo, así como el *iter criminis* y los posibles concursos con otros delitos.

⁶ Ídem.

⁷ GUEREÑA, Jean-Louis, *Dynamis*, 15, 1995, p.401 y ss.

BLOQUE I: LA PROSTITUCIÓN VISTA DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICO-SOCIAL

I. Concepto y regulación de la prostitución en España

a. ¿Qué entendemos por prostitución?

El término prostitución proviene del latín “*prostituere*” que literalmente significa exhibir para la venta.

Desde un punto de vista terminológico, la RAE (Real Academia de la Lengua Española) define la prostitución como “Aquella actividad a la que se dedica la persona que mantiene relaciones sexuales con otras, a cambio de dinero”⁸.

Esta sería una definición formal de la palabra, pero desde un punto de vista jurídico debemos entender la prostitución como “la prestación de servicios de carácter sexual a cambio de una contraprestación de carácter económico, evaluable en dinero”⁹. El hecho de que sea evaluable en dinero no significa por consiguiente que sea el único método de pago aceptado, pues también se incluirían otros tales como la motivación para obtener un beneficio concreto (por ejemplo, un puesto de trabajo) o una mejora en las condiciones laborales, drogas u otros objetos análogos¹⁰.

La jurisprudencia también se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este concepto dando lugar a definiciones de la prostitución como la que encontramos en la STS 1016/2003 de 2 de julio de 2003, en su FJ séptimo: “Situación en la que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de carácter económico, generalmente una cantidad de dinero”.

Esta concepción técnico-jurídica del término prostitución ha suscitado gran cantidad de discusiones doctrinales y jurisprudenciales en diferentes aspectos como los actos sexuales que engloba esta denominación, el concepto de habitualidad o la causalidad entre el acto y la contraprestación¹¹.

⁸ Definición otorgada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE).
<https://dle.rae.es/prostituci%C3%B3n> [última visita: 01/02/21].

⁹ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, 07-04, 2005, p. 04.1 y ss.

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, 07-04, 2005, p. 04.1 y ss.

¹¹ Sobre estas cuestiones, véase también el inicio del Bloque II.

De entre estos aspectos conflictivos debemos hacer hincapié en el concepto de habitualidad. No se trata de un requisito que emane de la Ley, de ahí la complejidad para determinar qué cantidad de actos y con qué frecuencia deben producirse para hablar de ello. Algunos autores consideran que la exigencia de este requisito no parece razonable ya que, si las políticas relativas a la prostitución¹² buscan la protección de la integridad sexual de la persona, de producirse un solo acto, ¿no merecería el mismo castigo que al llevarse a cabo de forma reiterada? En ese caso, lo más lógico sería considerar el aspecto de habitualidad como un factor para tener en cuenta a la hora de determinar la gravedad de la pena que corresponda aplicar¹³.

Por otra parte, los defensores de este requisito, como es el caso de GARCÍA PÉREZ, apoyan la necesidad de recurrir a la habitualidad para diferenciar entre casos de prostitución y de abuso sexual en los que el precio aparece como un medio que plasma una situación de superioridad¹⁴.

Como bien observamos no hay una línea de pensamiento uniforme, sino que es una cuestión que suscita (y, a falta de regulación legal, seguirá suscitando) gran cantidad de enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales.

b. Diferentes modelos de regulación (reglamentarismo, abolicionismo, prohibicionismo y modelo laboralista)

Actualmente podemos encontrar varios modelos de tratamiento jurídico del trabajo sexual en nuestra sociedad¹⁵:

1. En primer lugar, tenemos el denominado reglamentarismo. Este modelo se basa en la limitación del ejercicio de la prostitución a lugares legalmente habilitados para esta práctica.

¹² Entre las que se incluye la tipificación de los delitos recogidos en los arts. 187-188 del Código Penal, en los términos que se verán en la segunda parte del trabajo.

¹³ GÓMEZ TOMILLO, RECPC, 07-04, 2005, p. 04.1 y ss.

¹⁴ GARCÍA PÉREZ, en: Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), Comentarios al Código Penal. Parte Especial, vol.II, 2004, 85 y ss.

¹⁵ IGLESIAS SKULJ, en Villacampa Estiarte (coord.), prostitución. ¿Hacia la legalización?, 2012, p.55 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, RDPC, 7, 2012, p.81 y ss.;

FERRO VEIGA, Prostitución: ¿Regularizar o perseguir?, 2013, p.7 y ss.

El reglamentarismo tiene su origen a mediados del S. XIX derivado del modelo francés e impulsado, entre otros motivos, por la necesidad de controlar la gran cantidad de enfermedades venéreas que tenían lugar en la época a causa de la prostitución¹⁶.

Aunque mayoritariamente se culpaba a la mujer por ofrecer sus servicios a cambio de dinero, la prostitución pasó a ser considerada como un mal necesario para el Estado, un mal que era importante controlar y organizar, pero sin prohibirlo¹⁷. Como consecuencia, y en aras del interés del pueblo, se desarrollaron una serie de normas para alcanzar estos objetivos, pues pese a ser algo moralmente reprochable en la época era imposible de erradicar.

Estas normas se centraban en dos aspectos imprescindibles, el acotamiento de espacios para ejercer la prostitución y la identificación de las prostitutas¹⁸.

Para ello se sometía a las trabajadoras sexuales a estrictos controles personales y sanitarios. Los controles personales, llevados a cabo por la policía, consistían en la identificación a través de unas cartillas especiales que permitían saber si esa persona estaba autorizada a ejercer o no tal actividad, y evitar así el desorden social. Por otra parte, los controles médicos, tanto sanitarios como ginecológicos, buscaban prevenir o luchar contra las enfermedades de transmisión sexual¹⁹.

En la actualidad uno de los ejemplos de este modelo lo tenemos en Austria. En este país la prostitución (independientemente de si se ejerce en la calle o en lugares cerrados) está regulada y las prostitutas tienen la obligación de registrarse. No obstante, el Código Penal austriaco prohíbe asimismo el proxenetismo y los anuncios publicitarios relacionados con el comercio sexual.

2. El siguiente modelo es el abolicionista. Por su parte, defiende que el Estado no debe intervenir en la regulación o prohibición de la prostitución, puesto que se trata de relaciones privadas y pertenece al ámbito de la libertad individual de la persona²⁰.

¹⁶ IGLESIAS SKULJ, en Villacampa Estiarte (coord.), prostitución. ¿Hacia la legalización?, 2012, p.55 y ss.

¹⁷ POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p.11 y ss.

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, RDPC, 7, 2012, p. 81 y ss.

¹⁹ IGLESIAS SKULJ, en Villacampa Estiarte (coord.), prostitución. ¿Hacia la legalización?, 2012, p.55 y ss.

²⁰ POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p.11 y ss.

Este modelo surge a finales del S. XIX, tras los alzamientos que tuvieron lugar en Inglaterra liderados por la activista Josephine Butler, pero se desarrolla mayoritariamente durante el S. XX. Parte de la incompatibilidad de la dignidad de las mujeres con el ejercicio de la prostitución y se concibe como una forma de acabar con la trata de personas para fines sexuales.

A diferencia del movimiento anterior, los abolicionistas que luchaban por la dignidad de las mujeres no pensaban en la prostitución como un mal necesario, sino como algo innecesario y denigrante a lo que se le podía poner fin, pero que se veía fomentado por la existencia de una “regulación” de esta actividad a través de diferentes leyes y reglamentos.

Se defendía la idea de la prostituta como víctima, es decir, pasaron a defender que la problemática no era que hubiese mujeres que ejerciesen la prostitución, sino que el problema residía en los adeptos a este tipo de actividades. De manera que, aunque no se prohibía el ejercicio de la prostitución, se castigaba a los proxenetas (o personas que conseguían algún tipo de beneficio personal no solo económico con la prostitución de un tercero) y a los clientes, pasando así la trabajadora sexual a considerarse víctima y no delincuente²¹.

Siguiendo este modelo abolicionista se elaboró gran cantidad de textos legales para luchar contra la trata de personas como el *Convenio Internacional para la Represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena*, que se firmó en Nueva York en 1949 y fue ratificado por España en 1962.

En la actualidad los modelos que más se asemejan al abolicionista son el modelo italiano, el francés e incluso el español (en los términos que se verán)²².

3. En tercer lugar, tenemos el modelo prohibicionista. Este modelo pretende acabar con la prostitución a través de la sanción de todas las personas que intervienen en la actividad, tanto proxenetas como prostitutas y clientes.²³

²¹ FERRO VEIGA, Prostitución: ¿Regularizar o perseguir?, 2013, p.7 y ss.

²² FERRO VEIGA, Prostitución: ¿Regularizar o perseguir?, 2013, p.7 y ss.

²³ FERRO VEIGA, Prostitución: ¿Regularizar o perseguir?, 2013, p.7 y ss.

Surge a finales del S. XIX de forma paralela al abolicionismo, y a diferencia de aquel, hace a las prostitutas las principales culpables de la existencia de la prostitución²⁴. El prohibicionismo considera que la prostitución es un delito, y, por ende, tanto la persona que lo ejerce como quien lo consume deben responder penalmente por la comisión de una infracción, y para ello es necesario que la ley lo recoja como tal.

En la actualidad los modelos más semejantes serían los vigentes en China o EE. UU ²⁵.

4. Al margen de estos tres modelos existe una nueva corriente más novedosa conocida como legalizadora, regulacionista o laboral que surge a finales del S. XX.

A diferencia de los modelos anteriores considera la prostitución como una forma de trabajo, siempre y cuando sea ejercida libremente y no para beneficio de terceros ni para ningún otro fin que no sea una retribución económica, como cualquier otro empleo común. Por este motivo se busca que las personas que ejerzan esta profesión tengan al igual que el resto de los trabajadores una serie de estatutos que regulen su actividad y se les reconozcan por ello una serie de derechos y obligaciones.

En la actualidad el modelo tipo es el holandés. En este país para poder dedicarse a la prostitución debe obtenerse previamente un permiso municipal y las trabajadoras podrán inscribirse en el régimen de seguridad social siempre que los ingresos obtenidos con esta actividad no sean marginales o secundarios²⁶.

c. Regulación de la prostitución callejera: las ordenanzas cívicas

- Las ordenanzas cívicas

A falta de regulación estatal y provincial en España, han sido los municipios quienes se han visto obligados a regular de alguna forma el ejercicio de la prostitución en aras de la buena convivencia vecinal, y para ello se recurre a las denominadas ordenanzas municipales.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, RDPC, 7, 2012, p.81 y ss.

²⁵ Un dato curioso es que durante el franquismo el régimen que se seguía se había declarado abolicionista, cuando sin embargo se trataba de un modelo prohibicionista. POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p.11 y ss.

²⁶ POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p.11 y ss.

Las ordenanzas son normas que regulan los derechos y los deberes de conducta de los vecinos en el ámbito de sus relaciones con los demás y con el entorno dentro del espacio público urbano²⁷.

La prostitución se considera una actividad potencialmente lesiva para la correcta convivencia social y por ello desde los años 2005-2006 muchos municipios españoles, como Barcelona, Castelldefels, Sevilla o Guadalajara, han aprobado ordenanzas para regularlo.

Estas ordenanzas pueden clasificarse en dos tipos, de un lado las denominadas “cívicas”, cuyo objetivo principal no es la regulación y sanción de la prostitución, pero que sí dedican algunos preceptos a ello (ej. Barcelona), y de otro lado, las ordenanzas destinadas específicamente a combatir la prostitución (ej. Sevilla)²⁸.

El primer lugar donde se instauró una ordenanza cívica fue la ciudad de Barcelona en el año 2005, y más tarde serviría como ordenanza tipo para muchos otros municipios, pues hasta la fecha era una esfera ausente de regulación.

La ordenanza catalana del año 2005²⁹ incluía medidas de control y sanción como:

- La prohibición de ofrecer, solicitar, negociar o aceptar (directa o indirectamente) servicios sexuales retribuidos cuando estos produzcan un perjuicio para el espacio público.
- Prohibición de desempeñar estas actuaciones a menos de 200 distancia de centros docentes.

Esta medida no hace referencia alguna a si únicamente sería sancionable la conducta en horario lectivo o bajo presencia de menores, o si por el contrario bastaría con llevarse a cabo cerca de un centro docente sin más especificación.

- Prohibición de mantener relaciones sexuales retribuidas en espacios públicos.
- También prevé que la policía deberá informar previamente a las trabajadoras de que están cometiendo un acto ilícito, y solo en caso de reiteración se procederá a sancionarlas por desobediencia a la autoridad.

²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, EPC, 35, 2015, p.413 y ss.

²⁸ BARCONS CAMPMAJÓ, RCPP, 15, 2018, , p.90 y ss.

²⁹ Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia en el espacio público de Barcelona, de 23-12-2005.

Como podemos observar en base a las medidas que hemos mencionado y en relación con el apartado anterior sobre modelos de regulación, concluimos que esta ordenanza mostraba un carácter prohibicionista, en cuanto que buscaba de alguna forma acabar con el ejercicio de la prostitución al sancionar tanto a clientes como trabajadoras. Dato curioso es que no se dice nada sobre sanción a proxenetas o cualquier otra persona beneficiada con la explotación sexual.

La ordenanza catalana fue modificada en el año 2012, no sin mucha controversia, porque contemplaba un endurecimiento de las sanciones³⁰. Entre las nuevas medidas que se incluían estaba la supresión del previo aviso a las trabajadoras, de manera que ahora podían ser sancionadas de forma directa; se introduce la posibilidad de sustitución de las sanciones a las prostitutas por otras alternativas, siempre que no incurriesen en reincidencia; se endurecen las penas para los consumidores de estos servicios y se sancionan las conductas consistentes en acercamiento de clientes³¹.

Frente a este modelo de carácter prohibicionista que se implantó en Barcelona y sirvió de modelo, nace en Sevilla una nueva ordenanza tipo³², pero esta vez de corte abolicionista. En este modelo se define la prostitución como una manifestación de la violencia de género que fomenta una imagen denigrante de la mujer³³, y por ello la trabajadora pasa a considerarse víctima y no delincuente.

El principal objetivo de esta norma es “prevenir la explotación sexual de las mujeres, mediante la erradicación de toda la publicidad que fomente el uso de prostitución y/o turismo sexual y/o que cosifique a las mujeres mostrándolas como meros objetos de consumo sexual; así como preservar a las personas menores de la exhibición de prácticas de solicitud de servicios sexuales en la calle, mantener la convivencia y evitar problemas de vialidad [...]”³⁴, y por ello, se pasa de castigar a la trabajadora y al cliente a únicamente imponer sanciones a los consumidores de estos servicios; además, se conserva la sanción por mantener relaciones sexuales retribuidas en espacios públicos.

³⁰ Modificado en Acuerdo del Consejo Plenario de 25 de julio de 2012.

³¹ BODELÓN GONZÁLEZ / ARCE BECERRA, RCPP, 15, 2018, p.71 y ss.

³² Ordenanza para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla. BOP de Sevilla núm. 119, de 26 de mayo de 2011.

³³ VILLACAMPA ESTIARTE, EPC, 35, 2015, p. 413 y ss.

³⁴ Art.13 Ordenanza para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla. BOP de Sevilla núm. 119, de 26 de mayo de 2011.

Hasta el momento, aunque el modelo que se ha ido implantando a lo largo de estos años ha sido el catalán, el andaluz está en auge y se espera que acabe imponiéndose en la normativa local.

Aunque venimos hablando de las ordenanzas cívicas, todavía en la actualidad hay territorios que no tienen regulación sobre esta actividad, como es el caso de Madrid, Zaragoza o San Sebastián. En estas ciudades por ende será de aplicación la nueva LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, comúnmente conocida como “Ley mordaza”³⁵.

En ella no se incluye una regulación específica para el ofrecimiento de este tipo de servicios, pero sí se sanciona la solicitud y/o aceptación de servicios sexuales retribuidos cerca de centros docentes. No obstante, las trabajadoras pueden ser sancionadas en base a un precepto de esta ley que dispone que “Son infracciones leves: [...] 5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal” (art. 37.5 LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana).

La aprobación de esta ley también tiene efectos en materia local, ya que los ayuntamientos no podrán incluir en sus articulados nuevas infracciones o sanciones relacionadas con el ejercicio de esta actividad, sino que solamente podrán hacer especificaciones o graduaciones en las que ya se encuentren tipificadas como tal en esta ley³⁶.

- Efectos y consecuencias de las ordenanzas municipales

El objetivo fundamental que persiguen estas ordenanzas es reducir e incluso eliminar la prostitución, y aunque esto no se haya logrado sí que ha repercutido en el desarrollo de la actividad.

De acuerdo con varios estudios que se han realizado por medio de encuestas y entrevistas a trabajadoras sexuales y personas relacionadas con esta actividad (como policías, portavoces de asociaciones de trabajadoras sexuales...), como por ejemplo el de Nuria TORRES y Carolina VILLACAMPA entre las principales consecuencias de esta criminalización de la prostitución se mencionan el incremento del control policial, la

³⁵ BARCONS CAMPMAJÓ, RCPP, 15, 2018, p.90 y ss.

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, EPC, 35, 2015, p. 413 y ss.

disminución de clientes, reducción de ingresos y mayor dificultad para negociar con los clientes o cambios en el lugar de trabajo³⁷.

En conclusión, podemos decir que estas ordenanzas han conllevado a un empeoramiento de las condiciones laborales de las trabajadoras sexuales. En primer lugar, la modificación del lugar de trabajo, que ha pasado de llevarse a cabo en lugares públicos a trasladarse a espacios privados (como casas o clubs). Esto supone que las trabajadoras no se sientan tan libres a la hora de desarrollar su actividad, puesto que el espacio privado implica menos visibilidad y mayor vulnerabilidad para ellas.

Por su parte, el incremento del control policial, lejos de conseguir una mayor seguridad para las trabajadoras, ha provocado desconfianza en las administraciones públicas y en las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

En lo que a volumen de trabajo y calidad de este se refiere, la imposición de las sanciones tanto a trabajadoras como a clientes ha supuesto que estas actividades se realicen de una forma más oculta, de manera que hay un incremento del riesgo para las trabajadoras. Ahora se pasa a un cliente más comedido que no solicita los servicios en la calle por miedo a las posibles sanciones, lo que conlleva que se realicen menos servicios y por ende que las trabajadoras vean reducidos sus ingresos por los servicios sexuales³⁸.

Finalmente cabe mencionar la especial dificultad que supone el cobro de las sanciones impuestas a trabajadoras sexuales, ya que la gran mayoría no dispone de recursos suficientes, y recaen sobre ellas embargos y deudas con la administración. Además, las trabajadoras muestran especialmente su disconformidad con estas ordenanzas no tanto por la prohibición de desarrollar su actividad en el espacio público, sino porque no se les ofrece una solución alternativa³⁹.

d. Regulación de los locales destinados al ejercicio de la prostitución

La Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, junto con el Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas, recogen en su catálogo de espectáculos los locales destinados al ejercicio de la prostitución.

³⁷ TORRES / VILLACAMPA ESTIARTE, RECPC, 15-06, 2013, p. 06.1 y ss.

³⁸ BARCONS CAMPMAYÓ, RCPP, 15, 2018, p.90 y ss.

³⁹ TORRES / VILLACAMPA ESTIARTE, RECPC, 15-06, 2013, p. 06.1 y ss.

Estos locales se incluyen dentro del apartado de actividades recreativas musicales, con la denominación de “establecimientos públicos con reservados anejos”. Se definen como locales donde se llevan a cabo actividades de carácter sexual ejercidas libremente por el/la prestadora de servicios con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya vínculo alguno de subordinación⁴⁰.

Dentro de estos locales cabe diferenciar entre los locales con reservados que disponen de servicio de bar y ambientación musical, de una parte, y aquellos en los que se ofrecen espectáculos eróticos, de otra.

Aunque esta ley reconoce de forma sectorial este tipo de establecimientos, las competencias sobre su regulación y funcionamiento se encuentran transferidas a los ayuntamientos. Por ello esta regulación se hará mediante ordenanzas y reglamentos municipales y se podrán establecer, entre otras, medidas relativas a⁴¹:

- Prohibiciones, restricciones o limitaciones para controlar la concentración de este tipo de establecimientos y su coexistencia con otros negocios.
- Requisitos especiales en cuanto a la construcción de los locales.
- Exigencia de servicios de seguridad, emergencias o sanitarios.

Este tipo de establecimientos necesitan de una licencia municipal para poder desarrollar su actividad, tal y como dispone el Decreto 112/2010. Es por eso por lo que, además de los diferentes requisitos que contenga la ley sectorial, deberán cumplir también aquellos exigidos en la normativa municipal. Entre los requisitos podemos mencionar algunos sectoriales como la necesidad de tener la documentación requerida, informe ambiental o proyecto y memoria de seguridad. Y con carácter municipal, más dirigidos a la práctica de actividad propiamente dicha como, por ejemplo, requisitos de compatibilidad acústica, condiciones de higiene y salubridad o seguro de responsabilidad civil⁴².

Por último, los locales de estas características deben someterse a estrictos controles periódicos cada cierto tiempo.

⁴⁰ GONZÁLEZ ESCODA / TURU SANTIGOSA, en: Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución: ¿Hacia la legalización?, 2012, p. 310 y ss.

⁴¹ BODELÓN GONZÁLEZ / ARCE BECERRA, RCPP, 15, 2018, p.71 y ss.

⁴² GONZÁLEZ ESCODA / TURU SANTIGOSA, en: Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución: ¿Hacia la legalización?, 2012, p. 310 y ss.

e. Opinión de los tribunales a través del estudio de su jurisprudencia

Como norma general, la prostitución ha sido percibida siempre como un ilícito penal, es decir, como una conducta moralmente reprochable, contraria a la ley penal y sancionada por el CP.

Esta línea de pensamiento no solo es común en la sociedad en general, sino que también se traslada a los tribunales. Estos defendían la prostitución como una práctica contraria a la ley, las buenas costumbres o la moralidad, utilizando para ello algunos artículos del código civil en materia de contratos, en lugar de apoyarse en preceptos específicos de ámbito penal.

Esta teoría carece por tanto de una fundamentación real ya que apenas existen referentes jurídicos al respecto, y poco a poco la doctrina, tanto nacional como europea, tiende a aceptar el concepto de autodeterminación sexual a través de varios pronunciamientos donde se admite la licitud del trabajo sexual por cuenta propia⁴³.

Por este motivo, los criterios que se utilizan para apelar a la ilicitud de la prostitución han cambiado, ya no se recurre a la moralidad o a las buenas costumbres, sino que se centran en la igualdad, la libertad y la dignidad de las mujeres.

Por consiguiente, si el ejercicio de la prostitución pertenece al ámbito de la libertad individual de la persona y a su libertad sexual, no existen argumentos racionales para omitir su regulación jurídica dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho, donde el trabajo es un derecho y un deber de libre elección⁴⁴.

Centrándonos propiamente en los pronunciamientos judiciales, debemos hacer mención especial a la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de diciembre de 2003, sobre el caso “Mesalina”.

En esta sentencia se reconoce la legalidad de la prostitución por cuenta propia y establece que la prostitución no puede calificarse como ilícita, ya que nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé como tal, sino que simplemente reconoce como delito los casos en los que se obligue a una persona a ejercer esta actividad por medio de violencia, intimidación o

⁴³ MAQUEDA ABREU, en Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución: ¿Hacia la legalización?, 2012, p. 193 y ss.

⁴⁴ POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p. 73 y ss.

coacción. De manera que no se atiende tanto a la actividad en sí como al consentimiento con que se presta el favor sexual.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 425/2009, de 14 de abril, sigue nuevamente esta línea argumentativa y reconoce la prostitución voluntaria como un hecho lícito en nuestro ordenamiento, como muestre en su FJ, segundo apartado 7: “La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”, o en su FJ segundo apartado 10: “admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta, sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores”.

En el ámbito europeo la prostitución y la libertad de establecimiento han sido reiteradamente admitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así lo reproducen también nuestros tribunales nacionales en sus decisiones, como por ejemplo, en la sentencia del TSJ de Barcelona 5388/2019, de 11 de noviembre en su FJ tercero, subapartado 3: “En el ámbito privado, fuera de los supuestos delictivos que acabamos de relacionar, el intercambio voluntario de servicios sexuales a cambio de dinero por personas mayores de edad, esto es, la prostitución, constituye una prestación de servicios remunerada, y la actividad consistente en la explotación de un establecimiento de prostitución queda comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento, en el sentido del artículo 49 TFUE y de los artículos 9 a 15 de la Directiva 2006/123, cuando es ejercida por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable”⁴⁵.

Podemos concluir entonces, que, tanto a nivel europeo como nacional, se reconoce judicialmente la posibilidad de ejercer la prostitución de forma voluntaria, siempre que no se ejerza como consecuencia de actos violentos, amenazantes, engañosos o de abuso de superioridad, que serían los supuestos que prevé la ley como delito.

⁴⁵ Véase, en este sentido, las STJUE 1 de octubre de 2015, *Trijber y Harmsen*, C-340/14 y C-341/14, apartados 67 a 77; STJUE 20 de noviembre de 2001, *Caso Jany y otros*, C-268/99, apartado 49 y STJUE 8 mayo 2019, *Caso PL c. landespolizaidirektion Tirol*, Asunto C-230/18 (f.47).

II. La prostitución y los derechos fundamentales

a. ¿Es el ejercicio de la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?

La prostitución es considerada como el oficio más antiguo del mundo. Siempre ha estado presente en la sociedad, aunque con diferentes grados de aceptación en función de la época y la cultura a la que hagamos referencia.

No obstante, no fue hasta finales del S. XIX que se planteó el problema de las personas prostituidas como un problema social relacionado con la dignidad humana, y el primer gran gesto para luchar contra este problema fue considerar la trata como una violación de los derechos fundamentales de sus víctimas.

Actualmente, en España el 80% de las personas prostituidas lo hacen de forma forzosa obligadas por grupos criminales que se dedican a la trata de seres humanos⁴⁶, por lo que no cabe duda de que es una forma de vulnerar todos sus derechos fundamentales; ahora bien, surge la duda de esta vulneración en el caso de la prostitución voluntaria.

Respecto a esto hay dos posturas claras, de un lado la visión abolicionista que es partidaria de que con independencia del tipo de prostitución que se desarrolle existe una vulneración de sus derechos fundamentales; y de otro, la postura pro-legalidad que está en contra de toda prostitución forzada por considerarla denigrante para la mujer y sus derechos, pero defiende que en el caso de la prostitución voluntaria no existe esta vejación puesto que es libremente elegido por la trabajadora.

En el caso de la prostitución forzada, la vulneración de derechos es mucho más evidente, pues hablamos de personas deshumanizadas que han sido víctimas de violencia, abusos, engaños o incluso torturas entre otras cosas. En este sentido la persona prostituida es vista como un objeto necesario para satisfacer una serie de necesidades de terceros. Ahí podemos observar que no solo el camino hasta la prostitución constituye una vulneración de derechos, sino que la propia actividad en sí también⁴⁷.

⁴⁶ POLICÍA NACIONAL, La Policía Nacional lanza un vídeo dirigido al consumidor de prostitución: "Si eres cliente, pagas su esclavitud", Sala de Prensa, 23 de septiembre de 2020, disponible en: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/12364745. [fecha última consulta: 06/01/2021].

⁴⁷ CARMONA CUENCA, en: Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos, 2007, p. 43 y ss.

La explotación sexual supone una crisis en los derechos fundamentales de sus “víctimas” que ven afectados entre otros, su derecho a la libertad, integridad, igualdad, dignidad, seguridad o prohibición de la esclavitud.

El derecho a la libertad podemos desgranarlo en dos aspectos, de un lado la libertad sexual y por otro la libertad de actividad. Es decir, las trabajadoras no son libres en el ámbito sexual, se ven obligadas a mantener relaciones, en ocasiones sin preservativo o en condiciones higiénicas deplorables; y tampoco son libres, puesto que su actividad está sujeta a numerosas reglamentaciones por lo que en muchas ocasiones se ven inmersas en problemas policiales como consecuencia de esta situación de sumisión⁴⁸.

La prostitución también se considera contraria a la dignidad humana en cuanto a que cosifica a las mujeres y no se establece en beneficio de estas, sino en beneficio de los clientes, quienes se sitúan en una situación de superioridad respecto de ellas por el hecho de ser quien paga y por tanto quien decide.

En cuanto a la integridad física es bastante evidente que cuando se encuentran sometidas a tratos vejatorios, violentos o de tortura hay claramente una vulneración de sus derechos. Además, según expertos como ORENGO (Psiquiatra legal) entre los problemas de salud más comunes de las mujeres prostituidas se encuentran daños físicos como magulladuras, heridas o enfermedades de transmisión sexual (con un riesgo mucho más elevado de infección) y entre los daños psíquicos desapego emocional o estrés postraumático, y de forma posterior al ejercicio de esta actividad depresión, ansiedad o trastornos disociativos.

Por todo ello entendemos que sí existe una vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de la prostitución. Esta vulneración no se debe tanto a aquello en lo que consiste la actividad en sí, pues coincido con la línea argumentativa del pensamiento pro-legalidad en que no existe esta vulneración, o no a tan alto nivel, cuando la prostitución es elegida libremente como actividad económica, es decir, como una “profesión”. En cambio, considero que la vulneración en el caso de la prostitución forzada es algo más que evidente. Partiendo de la base de que la erradicación de la prostitución es algo tremendamente complicado, creo que todos los esfuerzos deberían centrarse, más que en

⁴⁸ BRUFAO CURIEL, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, 33, 2008.

intentar eliminarla, en luchar contra esta vulneración de derechos y garantizar una serie de valores mínimos a aquellas personas que desarrollan esta actividad.

b. La trata de personas con fines sexuales

- Concepto

La trata de personas, también conocida como “la esclavitud del S. XXI”, fue reconocida de manera internacional como un problema de interés público hacia los años veinte, por un comité de expertos de la Sociedad de Naciones bajo la denominación de “trata de blancas”.

El art. 3 del “Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños”⁴⁹ define la trata de personas como: “La captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

En nuestro caso la finalidad de esta trata sería la explotación con fines sexuales. Esta explotación no se centra únicamente en la prostitución, sino que engloba también otras actividades como la pornografía o matrimonios forzosos.

Esta práctica es bastante generalizada no solo en nuestro país, sino en muchos lugares del mundo. España concretamente se ha convertido en un país de origen, de paso y de establecimiento para el desarrollo de este delito. Actualmente, nos encontramos a la cabeza de la lista de países con mayor incidencia de este delito, de las 500.000 víctimas de la trata que se estima existen alrededor del mundo, 45.000 se encontrarían en España, siendo el segundo negocio ilegal más rentable junto con el tráfico de drogas y armas⁵⁰.

⁴⁹ Este protocolo nace en una Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre del año 2000, y es también denominado “Protocolo de Palermo”.

⁵⁰ BLÁZQUEZ- VILLAPLANA, Revista Espiga, 16, 2017, p. 183 y ss..

Según el Informe de Desarrollo Humano realizado en el año 2013, las personas víctimas de la trata suelen ser personas inmigrantes que muestran desigualdades económicas en sus países de origen, carecen de medios de acceso y permanencia al sistema educativo y sanitario y que muestran una clara falta de oportunidades laborales, lo que las lleva a tomar la decisión de buscar una “vida mejor” fuera de sus países.

La trata con fines sexuales o el tráfico sexual de mujeres consiste en la utilización de estas personas (normalmente mujeres y niños) como mercancías que serán vendidas, revendidas y explotadas en búsqueda de la mayor rentabilidad para los tratantes. Son personas deshumanizadas de ahí que se vea comprometida su dignidad entre otros derechos⁵¹.

La trata con fines sexuales se engloba dentro del concepto general de trata de personas y por ello comparten una serie de elementos fundamentales que son la acción, los medios y la finalidad de explotación⁵².

- Acción: se incluye todo el proceso que sufre la persona desde que es reclutada (incluyendo el transporte y traslado) hasta la acogida o recepción en el lugar de destino. Cuando hablamos de traslado, no es necesario que se produzca un cambio de país ni que se crucen fronteras de forma ilegal, basta con la simple acción del comercio de personas.
- Medios: consiste en la utilización de medios abusivos, fraudulentos y/o coercitivos para lograr el objetivo final, que es la explotación. Dentro de estos medios podríamos incluir los engaños, coacciones, violencia...
- Finalidad de explotación: tiene por objetivo fundamental la obtención de una cuantía económica para el beneficio personal del explotador.

De una forma más específica dentro de la trata con fines sexuales podemos diferenciar varias fases o etapas:

- La captación de víctimas
- El transporte de estas hacia el lugar donde van a desarrollar la actividad
- La explotación propiamente dicha

⁵¹ CASTELLANOS TORRES/ RANEA TRIVIÑO, Dilemata, 16, 2014, p. 161 y ss.

⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, en Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución, ¿hacia la legalización?, [año], p. 215 y ss.

Estos elementos pueden llevarnos a pensar que la trata es una forma de esclavitud. Sin embargo, debemos diferenciar entre ambos conceptos pues, aunque están íntimamente ligados, no significan lo mismo. Como afirman algunos autores, la trata constituye un simple mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a las personas, es decir, representa la referencia normativa al proceso de esclavitud, pero no el resultado de ese proceso, que es en lo que consiste propiamente la esclavitud⁵³.

El problema fundamental que plantea la trata con fines sexuales es la dificultad en su cuantificación y recolección de datos. Esto se debe a la falta de estadísticas que nos permitan comparar la evolución a la largo del tiempo, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas y la situación normativa respecto a este delito, o la opacidad y encubrimiento con la que se desarrolla entre otros motivos.

- Normativa reguladora

Al tratarse como hemos visto de un problema transfronterizo de índole global debe abarcarse su regulación no solo desde un punto de vista interno, sino también de forma internacional.

A modo de introducción debemos exponer que a lo largo del tiempo esta cuestión ha sido tratada desde diferentes puntos de vista, desde una perspectiva referida a la migración, pasando por una cuestión laboral o de esclavitud, hasta llegar a un punto de vista criminológico-penal y de derechos humanos.

Centrándonos en el punto de vista penal y de derechos humanos, podemos diferenciar entre dos corrientes de pensamiento. De un lado, el criminocéntrico que se basa en la represión del tipo delictivo recogido como tal, y por otro, el victimocéntrico que abarca la trata como una vulneración de los derechos fundamentales⁵⁴.

Como ejemplo del criminocentrismo tenemos la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002, relativo a la lucha contra la trata de seres humanos. Y ejemplo de victimocentrismo es el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra

⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, en: Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución: ¿Hacia la legalización?, 2012, p. 215 y ss.

En su artículo Villacampa hace referencia a los autores BALES/TRODD/WILIAMSON y su trabajo *Modern slavery. The secret world of 27 million people*.

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, en: Villacampa Estiarte (coord.), Prostitución: ¿Hacia la legalización?, 2012, pg. 215 y ss.

la Trata de Seres Humanos, de 16 de mayo de 2005, también conocido como Convenio de Varsovia.

Esta lucha internacional para acabar con la trata se ha desarrollado a través de gran cantidad de tratados y convenios, donde se recogen medidas cuyo objetivo es luchar contra la explotación y trata de personas. El primer gran documento internacional en el marco de las Naciones Unidas destinado específicamente a la trata es el conocido Protocolo de Palermo⁵⁵ que supuso el punto de partida en la lucha contra este delito transfronterizo. Por primera vez se estableció una definición consensuada internacionalmente sobre el concepto de trata de seres humanos, y dio prioridad a los derechos de las víctimas frente a otros elementos.

A continuación, se aprobó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas en el año 2006 que buscaba un plan de acción común donde se continuase con la labor del Protocolo de Palermo en cuanto a la defensa y protección de los derechos de las víctimas y se ayudaba a los estados miembros a reforzar y promover políticas de lucha contra la trata, así como concienciar a la sociedad en general de la transcendencia de esta situación.

A raíz de ese Plan de Acción, en el año 2013 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución para mejorar los métodos de lucha contra la trata⁵⁶ de forma global (incluyendo a los Estados y todo tipo de organizaciones internacionales) y continuar con su labor de protección a las víctimas. Además, esta resolución estableció el día internacional contra la Trata (30 de julio).

Como hemos visto la trata fundamentalmente afecta a mujeres y niños, y por ese motivo, también se quiso reconocer especialmente esta situación de vulnerabilidad que sufren los menores en la Convención de las Naciones Unida sobre los Derechos del Niño.

Otros textos a nivel internacional de gran interés y transcendencia son el Plan de Acción de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa “Luchando contra la

⁵⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que nace de la resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fue firmado en Palermo, Italia, en el año 2000 y ratificado por España el 21 de febrero de 2002 (BOE de 11/12/2003), cuya entrada en vigor se produjo el 25 de diciembre de 2003.

⁵⁶ Resolución 68/108, sobre la “Mejora de la coordinación de esfuerzos contra la trata de personas”.

trata de seres humanos” del año 2003 y más específicamente otras herramientas internacionales en el ámbito de la erradicación de la violencia contra la mujer.

En el contexto del Consejo de Europa destaca el Convenio de Varsovia⁵⁷. Supone una evolución del Protocolo de Palermo e introduce la consideración de la trata como una vulneración de los derechos humanos, y otorga especial importancia a la cooperación como herramienta fundamental para la lucha contra este delito.

Otros textos importantes a nivel europeo son por ejemplo el Convenio europeo núm. 210 sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra hacia las mujeres y la violencia doméstica firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 o el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

La Unión Europea cuenta con diversos planes y estrategias, además de una regulación específica, la Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011 del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. No obstante, actualmente la Comisión europea utiliza la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos para desarrollar de forma práctica y más favorable las medidas contenidas en la directiva mencionada.

Por último, vamos a hablar de las normativas utilizadas a nivel nacional. Además de ser un delito reconocido en el art.177 bis de nuestro Código Penal, España cuenta con dos Planes de Lucha Integral contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual. El primero estuvo vigente de 2009-2012, y el segundo vigente de 2015-2018.

Algunos expertos consideran estos planes necesarios, pero insuficientes, visto que España es uno de los países a la cabeza de la comisión de este delito.

No obstante, existen otras normas complementarias, como el Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de la Trata, con fecha 27 de octubre de 2011, donde se fijan las pautas de actuación para la identificación, asistencia y protección de las víctimas de la trata; la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que reconoce una asistencia integral a estas personas con independencia de su situación

⁵⁷ Convenio del Consejo de Europa número 197, de 3 de mayo de 2005, para la acción contra la trata de seres humanos, ratificado por España el 2 de abril de 2009 (BOE de 10 de octubre de 2009), que entró en vigor el 1 de febrero de 2008.

administrativa en nuestro país; o el RDL 3/2013, de asistencia jurídica gratuita, que proporciona asistencia jurídica gratuita a las víctimas de este delito en cualquier procedimiento como consecuencia de su situación de víctima.

III. La prostitución como relación laboral

a. Las trabajadoras sexuales y sus derechos laborales.

A lo largo de la historia se ha pensado que el principal problema de la prostitución era la actividad que se desarrollaba en sí misma, sin embargo, como hemos expuesto, desde mediados del S.XIX empezó a considerarse que el enemigo fundamental ya no era en sí la actividad (que a su vez era difícil eliminar), sino la falta de derechos que tenían las personas que se dedicaban a ello.

Como vimos al principio del trabajo, existe un modelo de regulación de la prostitución denominado modelo laboral o regulacionista, cuyo fin es reconocer la prostitución como actividad laboral y que las trabajadoras tengan unos derechos y garantías sociales y jurídicas iguales al resto de trabajadores⁵⁸.

Fuera de los supuestos de trata y prostitución forzosa, la prostitución se entendería como un trabajo libre y voluntario, donde la persona libremente lo ha elegido como medio de vida, asumiendo su autonomía y responsabilidad en el ejercicio de este. Esto conllevaría que las profesionales pasasen a tener una serie de beneficios como el derecho a trabajar, a sindicarse, a la seguridad social, así como una mejora en sus condiciones laborales.

El problema fundamental viene cuando, al no haber preceptos legales que engloben la prostitución como delito, se encuentra en una situación de ilegalidad que imposibilita el reconocimiento de derechos sociales y económicos, así como de una tutela judicial efectiva que les permita defender estos derechos.

Entre los diferentes argumentos en contra de entender la prostitución como una relación laboral tenemos:

- Violación del derecho a la integridad física y dignidad de la persona: los prohibicionistas de la prostitución como relación laboral entienden que esta actividad supone un perjuicio físico para la trabajadora. No obstante, desde el modelo laboral se alega que todo trabajo supone un esfuerzo físico, como puede ser el caso de los artistas de circos o los trabajadores de la industria pornográfica,

⁵⁸ GAY HERRERO, en Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata, 2007, p. 117 y ss.

cuyo exponente físico se asemeja al de la prostitución, pero que a diferencia de esta sí cuentan con una regulación específica.

Tampoco podríamos decir que se produce un perjuicio físico como tal en el sentido de lesiones, ya que no existe un daño que implique asistencia médica.

En cuanto a la dignidad de la persona, se considera que el ejercicio de la prostitución supone un riesgo para la misma, sin embargo, este argumento se utiliza en torno a la idea de que la prostitución necesariamente es forzada, dejando totalmente a un lado la posibilidad de que se ejerza de forma libre.

- Libertad: en este caso la falta de libertad sí que anularía cualquier pensamiento de relación laboral, aunque no se puede establecer como norma general que toda trabajadora sexual carezca de libertad para el ejercicio de esta actividad.

A priori la subordinación empresarial en la que la persona que se prostituye se encontraría sometida haría muy difícil que la prostitución se considerase como una forma de empleo. La razón que se ofrece en este caso sería que el empresario podría obligar a las trabajadoras que cumpliesen con su parte del contrato aun cuando estas no estuviesen de acuerdo, limitando así su libertad.

Aquí el problema surge, a diferencia de otros sectores, por la dificultad de probar la verdadera situación de libertad de la persona prostituida, puesto que situaciones análogas pueden darse sin que entremos en el debate de que se coarta la libertad del trabajador.

Para aclarar esto, debemos hacer referencia al concepto de libertad que ofrece la UE, que como hemos visto engloba la libertad de circulación, de establecimiento y de prestación de servicios. Centrándonos en el aspecto de la prestación de servicios, en el ámbito europeo, esto incluye toda prestación a cambio de una retribución económica (independientemente de que sea por cuenta ajena, propia o una remuneración directa por su actividad como autónomo)⁵⁹.

Por último, se defiende la idea de que reconocer la prostitución como relación laboral solo fomentaría la trata y las organizaciones criminales, que ahora tendrían una cobertura legal bajo la que ampararse para llevar a cabo sus ilícitos⁶⁰.

⁵⁹GAY HERRERO, en Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata, 2007, p. 117 y ss.

⁶⁰ HEIM, DANIELA, DL, 26, 2012, p.297 y ss.

Como podemos observar esta argumentación contraria al modelo laboral carece de fundamento, ya que en realidad no se produce una vulneración de ninguno de los aspectos que se indican como conflictivos.

Existe además una serie de argumentos adicionales en que se basan aquellos que apoyan el reconocimiento y regulación laboral de la prostitución. Estos serían los siguientes:

- La regulación de la prostitución: se demuestra que la prostitución es una actividad con ciertas peculiaridades, pero que ya se encuentra parcialmente regulada. Para ello recurren a las normativas que existen sobre la regulación de los locales donde se ejerce la prostitución.
- La licitud del objeto y de la causa: la teoría mayoritaria de la que hemos hablado anteriormente en alguna ocasión entendía que la prostitución era contraria a la moral y a las buenas costumbres; ahora bien, según algunos preceptos del Código Civil, la prostitución, cuando sea objeto de contrato, no convierte a este automáticamente nulo. Únicamente lo será cuando la prostitución sea forzada, es decir, que la persona no la ejerza libremente.
- La necesidad de tutelar a la trabajadora frente al empresario: en ese sentido se insiste en que el reconocimiento de la prostitución como relación laboral es una buena técnica para evitar el beneficio y enriquecimiento de aquel tercero que se aprovecha de la explotación sexual por falta de regulación existente en la materia⁶¹.

Dentro del ámbito de reconocimiento de los derechos de las trabajadoras destaca la corriente pro-derechos, que fundamentalmente se diferencia de la corriente general por introducir un nuevo concepto de trabajo sexual, diferenciar notablemente los conceptos de trata, trabajo sexual y tráfico de personas con fines de explotación sexual, y, por último, por reconocer de forma independiente los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución⁶².

Esta corriente, que se considera relativamente novedosa, define el trabajo sexual como un intercambio consensuado de sexo por dinero, y cualquier otro intercambio de esta índole no consentido lo define como una forma de violencia que debe ser penada⁶³. Bajo esta

⁶¹ FITA ORTEGA, en Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata, 2007, p.203 y ss.

⁶² HEIM, DANIELA, DL, 26, 2012, pp. 297 y ss.

⁶³ HEIM, DANIELA, DL, 26, 2012, pp. 297 y ss.

definición no solo se incluye la prostitución, sino también otra serie de trabajos de contenido sexual.

Esta forma de pensamiento conlleva aceptar que las partes sexuales del cuerpo se utilizan como herramienta de trabajo, que el sexo comercial puede desempeñarse por personas autónomas, aceptar su consentimiento para el ejercicio de esta actividad o reivindicar el valor productivo de las tareas efectivo-sexuales.

Un error muy común es confundir las relaciones sexuales afectivas que normalmente se producen entre una pareja con las relaciones sexuales laborales. Estas segundas se tratarían simplemente de un servicio relacionado con el placer y el deseo⁶⁴.

Igualmente, no debemos confundir que las ofertas de trabajo sean públicas con que se lleven a cabo en lugares públicos. Se refiere más bien a que es necesario que se den en un mercado específico y con unas condiciones laborales adecuadas.

Por último, también es fundamental una plena capacidad de negociación, que se evidencia en la libertad para rechazar determinadas prácticas y/o clientes.

Como consecuencia del reconocimiento de derechos laborales el movimiento pro-derechos exige entre otras, algunas medidas como:

- Derecho a unas condiciones justas y favorables de trabajo
- Derecho a la seguridad social, y a prestaciones por incapacidad o desempleo
- Reconocimiento de las ganancias obtenidas mediante el ejercicio de la prostitución
- Deducibilidad de sus declaraciones de impuestos de los gastos en salud y productos para el cuidado y mejora de salud
- Derecho a la salud y al cuidado del cuerpo como derechos inherentes a su trabajo

En definitiva, el objetivo de esta corriente es que los derechos que son reconocidos y defendidos en cualquier otro trabajo lo sean también en el ámbito del trabajo sexual, y concretamente en la prostitución⁶⁵.

b. Regulación laboral de la prostitución

Dentro de que el ejercicio de la prostitución pertenece al ámbito de la libertad individual de cada persona, podemos diferenciar varias modalidades dentro de nuestro ordenamiento

⁶⁴ HEIM DANIELA, CEFD, 2011, p.234 y ss.

⁶⁵ HEIM, DANIELA, DL, 26, 2012, p.297 y ss.

para regular la prostitución como una relación laboral, y con ello el reconocimiento de los derechos que le pertenecen. Entre estos enfoques están:

- Prostitución como trabajo asalariado

Se entiende por trabajo asalariado aquel libre, voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y remunerado. No consiste en obtener beneficios únicamente para la subsistencia de quien trabaja, sino también para la sociedad donde se incluye.

Como venimos defendiendo, la prostitución pertenece al ámbito privado de la persona, quien libremente toma decisiones sobre su profesión, cómo desarrollarla y bajo qué términos; el problema del trabajo asalariado sería la relación de subordinación que mostraría la persona que ejerce la prostitución respecto de su “jefe”. En ese sentido entiendo que se trata de una fórmula poco efectiva ya que, si defendemos la libertad total que debe prestar un trabajador o trabajadora sexual, en este caso, el trabajo asalariado no permitiría esta libertad, en cuanto a que la trabajadora dependería de las órdenes de un empresario que sería quien tomase las decisiones por ella. No se le permitiría elegir la clientela, prácticas, tarifas..., sino que ya le vendrían impuestas previamente por lo que, aunque ella quisiera ejercer libremente la prostitución esto no sería posible; se estaría “anulando” su capacidad de decidir y, por tanto, provocando una vulneración para la dignidad de la trabajadora.

Este modelo de empleo es el que utilizan gran cantidad de organizaciones criminales para explotar a mujeres que han sido víctimas de trata o simplemente han sido obligadas a prostituirse. Estas mafias utilizan la contratación de mujeres en locales de alterne o bares de copas bajo el término trabajadoras asalariadas, obligándolas luego a desempeñar otro tipo de funciones de índole sexual.

El tema de los locales de alterne y las trabajadoras de estos es un tema de actualidad. Varias sentencias de nuestro ordenamiento califican esta actividad como asalariada siempre que las trabajadoras libremente acepten este trabajo con estos términos, con ello se les reconoce protección laboral y de seguridad social como en cualquier otro empleo. No obstante, es importante mencionar que estas trabajadoras están reconocidas laboralmente bajo el término trabajadoras de alterne, eufemismo que se utiliza para encubrir las actividades de prostitución que llevan a cabo⁶⁶.

⁶⁶ GAY HERRERO, en Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata, 2007, p. 117 y ss.

Por lo tanto, esta fórmula jurídica no sería en mi opinión la más adecuada para reconocer laboralmente la prostitución, puesto que es difícil demostrar la voluntariedad del consentimiento bajo las actuaciones de las organizaciones criminales. Es decir, al final las trabajadoras no gozarían de esa plenitud de libertad, sino que se verían sometidas a los mandatos de un tercero ajeno a esa actividad.

- Prostitución como trabajo asociado

Se entiende por trabajo asociado aquel trabajo personal, libre y voluntario, remunerado, carente de ajenidad y con cierto grado de dependencia. Se trata del modelo laboral que impera en las cooperativas.

Estaríamos ante un modelo de autogestión de su actividad, es decir, en este caso las trabajadoras serían quienes elaborasen las normas que regulan su actividad, en qué condiciones, horarios, tarifas... de manera que prestarían sus servicios de forma independiente y sin intervención de terceros. Las socias serían consideradas trabajadoras por cuenta ajena o propia, dependiendo del régimen de seguridad social que eligiesen.

En mi opinión, esta forma de trabajo sería una opción bastante adecuada, ya que nadie mejor que las propias trabajadoras saben las condiciones o circunstancias bajo las que quieren/deben trabajar, y para ello el autoempleo sería una forma de dotarlas de esos derechos laborales y sociales por los que están luchando y a su vez se respetaría su voluntad de libertad (de elección de profesión, clientes...) ⁶⁷.

- Prostitución como trabajo autónomo

Se entiende por trabajo autónomo aquel en el que el trabajador ofrece sus productos o servicios directamente al consumidor sin intervención de un tercero o empresa.

En el caso de la prostitución la trabajadora sexual es quien libremente elige ofrecer esta serie de servicios y los beneficios obtenidos son íntegramente para ella. Este modelo es el que más respeta esta libertad de elección, pues ella es quien libremente se gestiona todo su trabajo y sus condiciones sin depender de un tercero, como en el caso del trabajo asalariado, ni de “socias”, como en el caso de la cooperativa.

Sobre este aspecto se ha pronunciado el TJUE, que reconoce la prostitución como una actividad económica independiente, es decir, como forma de trabajo autónomo siempre

⁶⁷ GAY HERRERO, en Serra Cristóbal (coord.), Prostitución y trata, 2007, p. 117 y ss.

que se ejerza sin ningún vínculo de sumisión, bajo la responsabilidad de la persona que lleve a cabo esta actividad y a cambio de una prestación económica que será íntegra para la trabajadora. De igual modo, se reconoce que es competencia de cada Estado miembro garantizar que se cumplen estos requisitos⁶⁸.

En lo que a nuestro país respecta, para que la prostitución sea considerada como una actividad económica autónoma se deben cumplir una serie de requisitos conforme a la ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En primer lugar, deben cumplir las notas características recogidas en el art.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio⁶⁹, que son habitualidad, independencia, personalidad y remunerable.

- La actividad económica, en este caso la prostitución, debe ser el medio de vida fundamental de la trabajadora, es decir, no basta con que se lleve a cabo esta actividad de forma esporádica o para complementar los bajos ingresos obtenidos con otros empleos.
- La independencia: se exige que la trabajadora no sea dependiente de un tercero (proxeneta) y que muestre plena autonomía en la organización y desarrollo de la actividad.
- Que el trabajo sea realizado en exclusiva por ella, algo que es imprescindible en esta actividad.
- Y, por último, que la trabajadora obtenga una retribución por sus servicios, ya que si no estaríamos hablando de relaciones sexuales consentidas y no de trabajo.

Seguidamente, la actividad debe englobarse dentro de uno de los apartados del RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) y aunque dentro del amplio abanico de actividades que recoge no hay una específica para la prostitución, esta podría englobarse en el apartado destinado a “actividades diversas de servicios personales”.

Por lo tanto, la prostitución cumple con los requisitos exigidos legalmente para ser considerada una actividad económica autónoma y no se encuentra dentro de las

⁶⁸ POYATOS I MATAS, La prostitución como trabajo autónomo, 2009, p. 87 y ss.

⁶⁹ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm.166, de 12 de julio de 2007.

exclusiones específicas del art. 2 de la Ley 20/2007, por lo que se trata de una actividad susceptible de regulación bajo la calificación de trabajo autónomo.

La necesidad de tutelar a la trabajadora frente al empresario: en ese sentido se insiste en que el reconocimiento de la prostitución como relación laboral es una buena técnica para evitar el beneficio y enriquecimiento de aquel tercero que se aprovecha de la explotación sexual por falta de regulación existe en la materia.

BLOQUE II: LA PROSTITUCIÓN: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS ARTS. 187/188 CP.

En primer lugar, a modo de introducción, debemos tener claro que el ejercicio de la prostitución propiamente dicho no es constitutivo de delito. Aunque se ha intentado abolir e incluso prohibir en numerosas ocasiones, con resultado fallido, lo que se castiga penalmente son algunas acciones asociadas a esta práctica.

Los delitos relativos a la prostitución vienen tipificados en el Capítulo V del Título VIII del Libro II de nuestro CP y se engloba bajo este término tanto la prostitución femenina como masculina; simplemente se hace la clasificación según si quien lleva a cabo el ejercicio de la prostitución es una persona mayor de edad, de una parte (art. 187 CP), o de un menor o persona con discapacidad, de otra (art. 188 CP)⁷⁰.

Se entiende por prostitución, como veíamos anteriormente, la prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica, evaluable en dinero, pero también cabe la posibilidad de que sea a cambio de otras cosas como drogas o mejoras laborales.

Esta definición plantea tres elementos fundamentales para tener en cuenta: la causalidad entre la prestación de los servicios sexuales y la contraprestación económica, la naturaleza del contacto sexual y la nota de habitualidad.

En cuanto a la causalidad, la doctrina reconoce que basta objetivamente con que medie precio para que se dé este nexo causal, aunque finalmente el pago no se haga efectivo. En lo relativo a la naturaleza sexual de estos servicios, se incluirá bajo este precepto cualquier clase de prestación con carácter sexual, desde el acceso carnal al exhibicionismo o líneas eróticas.

Y, por último, la habitualidad es un tema conflictivo, pues parte de la doctrina y jurisprudencia la considera necesaria, como es el caso de la STS 484/2007 de 29 de mayo, cuyo FJ 1 reconoce la tendencia a la habitualidad; por su parte en la doctrina encontramos autores como MORALES PRATS⁷¹ u ORTS BERENGUER⁷² partidarios de esta necesidad de

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal parte especial, 22ª ed., 2019, p. 239 y ss.

⁷¹ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) /Morales Prats (Coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

⁷² ORTS BERENGUER / SUÁREZ MIRA, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p.198 y ss.

habitualidad. Frente a ellos tenemos otros autores como COBO DEL ROSAL o QUINTANAR DÍEZ⁷³ que no consideran necesario este requisito para hablar de prostitución y así lo disponen algunas sentencias, como es el caso de la STS 724/2000 de 17 de abril en su FJ 3⁷⁴.

I. Análisis dogmático y político criminal de los tipos básicos del art.187 CP

El artículo 187.1 CP, relativo al delito de prostitución, dice lo siguiente:

“El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de esta. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas⁷⁵”.

1. Bien jurídico protegido

El artículo 187 CP se orienta a la tutela de la libertad sexual, castigando la limitación de la libre toma de decisiones en su esfera de autodeterminación sexual⁷⁶. Por ello, podríamos decir que el bien jurídico protegido por este artículo es la libertad sexual, y como variante el derecho de toda persona a un desarrollo sexual dentro de la normalidad⁷⁷.

⁷³ COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍEZ, en Cobo del Rosal (coord.), Comentarios al CP, 2000, p.178 y ss.

⁷⁴ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss. Véase también el Bloque I, apartado I.a) de este trabajo.

⁷⁵ Art. 187 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁷⁶ RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios al CP (Tras las LO 1/2015 de 30 de marzo, y 2/2015 de 30 de marzo), 2016, p.725 y ss.

Cuando hablamos de libertad sexual no solo nos referimos a la facultad que tiene la persona de autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad⁷⁸, sino que se busca asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad se lleven a cabo siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes o, en otras palabras, que se ejerzan libremente⁷⁹.

2. Elementos objetivos del tipo

Cuando hablamos de elementos objetivos del tipo nos referimos a los sujetos, objeto, circunstancias de la acción y la conducta típica.

Se entiende por acción típica, no solo una acción humana, si no la conducta, activa u omisiva, descrita por el tipo.

- El objeto material sería aquel sobre el que recae la acción típica (ej. miembro u órgano en el delito de lesiones o cosa mueble o inmueble en el caso de delitos patrimoniales). Normalmente suele ir implícito en el tipo delictivo, aunque en ocasiones se recoge expresamente.
- Las circunstancias de la acción incluyen factores de tiempo, modo de ejecución, lugar... que sirven para acabar de delimitar el alcance de la acción y se utilizan para agravar o atenuar el desvalor del hecho.
- Por su parte, dentro de los sujetos podemos diferenciar el sujeto activo y pasivo. Es sujeto activo el autor de la conducta típica descrita en los preceptos de la parte de Derecho penal especial, sin que sea precisa su culpabilidad.

A su vez, dentro del sujeto pasivo podemos diferenciar entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción. El primero será aquella persona titular del bien jurídico protegido que se ve afectada por la acción, mientras que el segundo es aquella persona sobre la que directamente recae la acción.

Estos sujetos pasivos no necesariamente tienen que coincidir en una misma persona, aunque con frecuencia lo más habitual como en el caso de la prostitución es que lo haga⁸⁰.

⁷⁸ RAE, Diccionario panhispánico del español jurídico, Concepto de libertad sexual, en: <https://dpej.rae.es/lema/libertad-sexual#:~:text=Gral..el%20%C3%A1mbito%20de%20su%20sexualidad>. [última consulta 20/01/2021].

⁷⁹ Díez RIPOLLÉS, RDPC, 6, 2000, p. 69 y ss.

⁸⁰ Para todo lo anterior, véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 3.ª ed., 2016, p. 181 y ss.

- a. Conducta típica
 - Primer tipo básico

Un primer tipo básico viene reflejado en el apartado primero del art. 187 CP, primer párrafo: “El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”⁸¹.

Según COBO DEL ROSAL se trata de un delito de resultado, pues se espera que con esta acción se determine a una persona a ejercer o mantenerse en la prostitución, y cuya conducta típica se divide en dos alternativas. De un lado se puede determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución (con independencia de que sea la primera vez que realiza esta actividad o que la hubiese ejercido en un pasado y haberla abandonado posteriormente); de otro existe la posibilidad de determinar a la persona mayor de edad a que se mantenga en la prostitución, pues ya se encuentra inmersa en ella posteriormente⁸².

En definitiva, el efecto principal es obligar a la víctima a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, no siendo necesario en este primer tipo que el sujeto activo se lucre con esta actividad⁸³.

La acción típica puede llevarse a cabo mediante el empleo diferentes medios comisivos o de ejecución: violencia, intimidación, engaño o bien abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad⁸⁴.

Con violencia nos referimos a la fuerza física propiamente dicha; esta se ejerce directamente sobre la víctima, buscando así crear una situación de miedo a sufrir nuevamente malos tratos en un futuro si no accede a ejercer o mantenerse en esta actividad. La jurisprudencia indica al respecto que este tipo de violencia tiene que estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual (en nuestro caso al ejercicio de la prostitución) y para ello valdrá el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. Así mismo, debe apreciarse cuando se trate de una

⁸¹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

⁸² COBO DEL ROSAL, Derecho Penal español: parte especial, 2ª ed.,2005, p. 307 y ss.

⁸³ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español: parte especial, 2015, p. 278 y ss.

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal parte especial, 22ª ed., 2019, p. 239 y ss.

violencia idónea y adecuada para que la víctima vea coartada su voluntad, sin que sea necesariamente irresistible desde un punto de vista objetivo. Tampoco será requisito necesario para apreciar violencia que se ponga en riesgo la integridad física de la víctima, ni por ende su vida⁸⁵.

La intimidación en cambio se encuentra más ligada a la violencia psíquica o moral, son más bien amenazas en sentido estricto. De acuerdo con la jurisprudencia del TS la intimidación consiste en una amenaza de un mal, que no tiene por qué ser inmediato, sino que basta con que se trate de una acción grave, futura y verosímil, que en el caso de los delitos donde el bien jurídico protegido sea la libertad e indemnidad sexual, se relaciona directamente con que el autor de la pretensión busque que la víctima acceda a realizar una determinada acción sexual (en nuestro caso ejercer la prostitución), de modo que si se niega la consecuencia sería la concreción de ese mal. Tampoco se exige que esta intimidación sea irresistible para la víctima, sino que basta con que sea suficiente para someter o suprimir su voluntad⁸⁶.

A diferencia de la violencia, que se trata de una *vis phisica*, es decir, es un elemento que se da sobre la persona de manera directa, la intimidación puede recaer sobre la víctima o sobre un tercero⁸⁷.

Por su parte, el engaño supone un fraude o maquinación que pretende lograr que la persona acceda bajo una situación que nada tiene que ver con la realidad (un ejemplo de engaño sería aquella situación donde se convence a la persona para que venga a trabajar bajo una oferta falsa de empleo cuando realmente va a ejercer la prostitución). La jurisprudencia entiende por engaño la utilización de datos total o parcialmente falsos que hagan creer a la víctima algo que no es cierto, (generalmente se traduce en ofertas de trabajo, servicio doméstico...), normalmente relacionado con ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Este engaño se utiliza para mantener a la víctima bajo control, aunque habitualmente se combina con la coacción⁸⁸.

⁸⁵ STS 102/2014, de 18 de febrero. FJ 2.

⁸⁶ STS 9/2016, de 21 de enero. FJ 1.

⁸⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ *et al.*, Glosario de derecho penal, Crimina 3.4, Materiales docentes para la asignatura "El sistema español: los delitos", Universidad de Navarra, 2012. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/violenciaointimidacion.html> [última visita 15/01/2021].

⁸⁸ STS 396/2019, de 24 de julio. FJ 4.

Y, por último, el abuso de la situación de necesidad, vulnerabilidad o superioridad respecto de la víctima (por ejemplo, encontramos situaciones de drogodependencia, pobreza, vulnerabilidad por enfermedad u otras condiciones análogas o superioridad jerárquica)⁸⁹. Jurisprudencialmente se entiende como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad⁹⁰. Además, la jurisprudencia ha exigido generalmente que exista una situación de superioridad que ha de ser manifiesta; que dicha situación influya en la libertad de la víctima, coartándola; y que el autor sea consciente de tal situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de su víctima⁹¹.

El CP prevé para el delito de prostitución recogido en el art.187.1 una pena de prisión de dos a cinco años, y una pena de multa de doce a veinticuatro meses.

- Segundo tipo básico

Dentro de este primer apartado del art.187 CP encontramos en su segundo párrafo otro tipo básico:

“Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de esta. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”⁹².

Estamos ante el conocido como delito de proxenetismo no coercitivo, que fue introducido en nuestro CP tras la reforma operada en el año 2003⁹³. De la lectura literal podemos

⁸⁹ COBO DEL ROSAL, Derecho penal español parte especial, 2005, p. 307 y ss.; RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

⁹⁰ STS 542/2013, de 20 de mayo. FJ 5.

⁹¹ STS 608/2015 de 20 de octubre. FJ 1.

⁹² LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁹³ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 del CP. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

extraer que, en este caso, a diferencia del tipo que refleja el primer párrafo de este apartado, no es necesario que concurran medios comisivos específicos (violencia, engaño...), pero sí que el autor obtenga un beneficio de la explotación de la víctima. Tampoco es necesario que los beneficios obtenidos supongan la fuente de ingresos primarios del autor, ni que la persona prostituida le entregue el total de las ganancias que percibe⁹⁴.

En cuanto a la referencia al consentimiento de la víctima para la explotación, a efectos punitivos se considera indiferente que el sujeto pasivo consienta que un tercero se lucre con el ejercicio de su prostitución o que se oponga a ello, pues se considera que el consentimiento está viciado, tal y como señala la jurisprudencia⁹⁵.

Antes de la reforma del CP que tuvo lugar en el año 2015⁹⁶, tanto el delito de prostitución como el de proxenetismo (ambos recogidos en el actual art.187.1 y anteriormente en el 188.1 CP) venían castigados con idéntica pena, por lo que no quedaba claro qué comportamientos concretamente se incluían dentro del delito de proxenetismo, puesto que, a diferencia de la actual redacción de este apartado, tampoco se distinguían las diferentes circunstancias que ahora se prevén como explotación.

La inclusión de estas dos circunstancias en el tipo ha suscitado mucho debate, y la doctrina se muestra dividida a la hora de entender si son solo dos ejemplos de las situaciones que pueden considerarse como explotación, o por el contrario son elemento fundamental del tipo y es necesario que para hablar de explotación se dé irremediamente una de las dos.

A raíz de esto, surgieron diferentes teorías o vertientes de interpretación de la norma, entre las que destacan:

- Aquellos partidarios de que la ley equiparaba la explotación con obtención de ingresos abusivos, aun cuando el ejercicio de esta actividad fuera libre. Sin embargo, esta teoría planteaba el problema de delimitar a partir de cuándo se consideraba abusivo este lucro. Autores como ORTS BERENGUER o MAQUEDA ABREU apoyaban este pensamiento.

⁹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, , 2015, p..278 y ss.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL, Derecho penal español parte especial, 2ªed., 2005, p. 307 y ss.

⁹⁶ LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 del CP. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

- Otros, como MORALES PRATS o GARCÍA ALBERO, consideraban que había lucro punible siempre que fuese una explotación directa y principal de la prostitución. Esto conllevaba el establecimiento de relación de subordinación entre la prostituta y el beneficiario (empresario) que sería el encargado de fijar las condiciones de trabajo y ostentar las principales funciones del negocio.
- Y, por último, los que defendían que solo se daba este delito cuando la explotación de la persona estuviese motivada por violencia, engaño o situación similar, lo que suponía una conexión entre este párrafo y el tipo anterior⁹⁷.

En consecuencia, el criterio que debe servir de guía para la interpretación de este precepto tiene mucha relación con las condiciones en que se ejerza la prostitución, es decir, si esta es ejercida de forma libre e independiente y bajo su única y exclusiva responsabilidad, o si, por el contrario, existe un vínculo de subordinación entre la persona que ejerce la prostitución y quien se lucra de ello. Jurisprudencialmente, se reserva la sanción, de manera exclusiva, para la explotación del ejercicio no libre de la prostitución⁹⁸.

En el primero de los casos cabe excluir del término explotación los posibles beneficios que obtenga un tercero a causa de las actividades accesorias que se puedan producir y como consecuencia supongan el lucro de este (por ejemplo, no sería considerado como explotación cuando un tercero obtenga un beneficio por alquilar un espacio para ejercer la prostitución, aun cuando dicho beneficio provenga consecuentemente del ejercicio de la prostitución, siempre y cuando esta sea ejercida de forma voluntaria y sin subordinación por parte de la persona prostituida)⁹⁹.

Cabe destacar que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, y considera que no todo beneficio económico obtenido de la prostitución puede ser considerado delito¹⁰⁰, y para ello se hace referencia a una serie de requisitos necesarios para hablar de delito de proxenetismo propiamente dicho. Estos son:

⁹⁷ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.; RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

⁹⁸ STS 22/2015, de 23 de septiembre.

⁹⁹ RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

¹⁰⁰ STS 126/2010 (RJ 2010/2350) FJ 3: “De modo que no debe entenderse que sea suficiente para aplicación del tipo penal la mera obtención de un lucro por parte del que regenta el club o local, sino que ha de exigirse

- Que se trate de una ganancia continuada, es decir, de algo más que un simple ingreso episódico o aislado.
- Que la ganancia económica suponga un beneficio económico directo¹⁰¹. Cuando hablamos de lucro o beneficio económico directo nos referimos a aquel que, sin actividad intermedia, obtiene un tercero derivado de la prostitución ajena, del que el beneficiario dispone de forma autónoma¹⁰².
- El concepto de explotación no debe entenderse en sentido meramente económico, sino asociado a la obtención de un lucro de las prestaciones sexuales de otra persona, cuando esta hubiese sido forzada u obligada a prostituirse mediante alguno de los medios comisivos de los que hablamos anteriormente.
- El beneficiario que se lucra con esta actividad deberá ser conocedor de la situación en que se halle la persona o personas que se prostituyen¹⁰³.

Tras la reforma del año 2015, se deja de equiparar penológicamente ambos delitos y se establece una pena diferente para el delito de proxenetismo, aparte de los dos supuestos de explotación previstos expresamente en el art.187.2, que serían de una parte la situación de vulnerabilidad personal o económica de la víctima, y el establecimiento de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas, de otra.

No obstante, entendemos que la reforma no altera la interpretación que se venía ofreciendo, sino que simplemente aclara que, tanto en el caso de vulnerabilidad como de condiciones abusivas, reconocidos literalmente en el texto del párrafo segundo, concurre indiscutiblemente el tipo¹⁰⁴. Por lo tanto, en esas dos situaciones siempre va a darse el

a mayores que se trate de una explotación directa y principal de la prostitución ajena en la que se trasluzca una relación de subordinación de la prostituta con respecto al empresario o empleador. Ello entendemos que impone por tanto la exigencia de una relación de dependencia de cierta intensidad en la que se vea limitada la autonomía prestacional de la persona que ejerce la prostitución”.

¹⁰¹ RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

¹⁰² GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹⁰³ STS 22/2015, de 23 de septiembre; véanse también la STS 1171/2009 de 10 de noviembre o la STS 452/2013 de 31 de mayo.

¹⁰⁴ Así también RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares (Dir.) /Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

delito de explotación, además, de los otros casos en los que se cumplan los requisitos que hemos expuesto anteriormente.

El delito de explotación sexual previsto en el art.187.2 CP se penará con una pena de prisión de dos a cuatro años y una pena de multa de doce a veinticuatro meses.

b. Sujetos

Será sujeto pasivo de la acción aquella persona sobre la que recaiga la acción típica reflejada en el apartado primero del art.187, es decir, aquella persona que se vea obligada a ejercer o mantenerse en la prostitución a consecuencia de actos violentos, engañosos o similares. La víctima debe ser mayor de edad y ha de quedar identificada individualmente¹⁰⁵.

En cuanto al apartado segundo de este mismo artículo, el sujeto pasivo de la acción será aquella persona de la que se obtenga el beneficio por ejercer la prostitución, es decir, la persona “explotada”.

En cambio, será sujeto activo quien ejerza este tipo de medios comisivos sobre una persona mayor de edad, siempre y cuando no sea un funcionario público o miembro de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (que constituye un tipo agravado del art.187.2 CP). El art.189 bis CP también prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de estos delitos en los términos del art. 31 bis¹⁰⁶.

En el caso del apartado segundo del art.187 relativo al delito de explotación sexual, el sujeto activo será aquella persona que se aprovecha de un tercero que ejerce la prostitución, es decir, la persona que obtiene el beneficio del ejercicio de un tercero.

3. Elementos subjetivos del tipo

Frente a los elementos objetivos del tipo se requiere una parte subjetiva del mismo integrada por el dolo o la imprudencia, o, en algunos casos, por una combinación de

¹⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 278 y ss.

¹⁰⁶ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

ambos conceptos. En algunos casos a esto pueden unirse elementos subjetivos específicos del tipo¹⁰⁷.

El dolo según la doctrina clásica se concebía como *dolus malus* y contenía dos requisitos fundamentales, el conocimiento y voluntad de los hechos¹⁰⁸, y la conciencia de la antijuridicidad, es decir, se exigía un conocimiento de la prohibición¹⁰⁹.

Sin embargo, en la actualidad el concepto de dolo se ha restringido y ha pasado a entenderse como *dolo natural*. Se define como conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivo del injusto, pero sin que se advierta el conocimiento de la antijuridicidad de esa actuación¹¹⁰.

El dolo se integra a su vez por dos elementos, el intelectual y el volitivo. El elemento intelectual supone que el sujeto que realiza la acción sabe lo que hace y conoce los elementos que la integran. El volitivo consiste en la voluntad de querer llevar a cabo estos elementos que sabe que integran la conducta típica o aceptarla, resignarse, consentirla, etc.

Dentro del dolo podemos diferenciar tres clases:

- Dolo directo de primer grado → Donde el autor muestra el propósito, intención y finalidad de realizar los elementos de un tipo delictivo. Es indiferente que el autor sepa con seguridad o solo como posible que se va a producir el delito y que sea o no el único fin que persigue el autor.
- Dolo directo de segundo grado → en este caso el autor no tiene como finalidad la realización del tipo delictivo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que, para alcanzarlo, la comisión del delito es una consecuencia necesaria, y lo asume.

¹⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 3.ª ed., 2016, p. 181 y ss.

¹⁰⁸ Los requisitos exigidos en el dolo han supuesto a lo largo del tiempo un conflicto entre aquellos que defienden solo se requiere el elemento del conocimiento (teoría de la representación) o si se requiere tanto conocimiento como voluntad (teoría de la voluntad). En este sentido la doctrina dominante se inclina por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente la opinión que considera suficiente el conocimiento va ganando terreno. MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p.264 y ss.

¹⁰⁹ MIR PUIG, S, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p.264 y ss.

¹¹⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones del derecho penal parte general, 3ª ed., 2016, p. 228 y ss.; MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

- Dolo eventual → A diferencia del dolo directo de segundo grado, aquí la comisión del delito no se presenta como una consecuencia inevitable, sino que aparece como un resultado posible. De manera que el sujeto ni pretende realizar el tipo, ni es seguro que vaya a suceder.

En cambio, la imprudencia supone la inexistencia de dolo, es decir, mientras que el delito doloso supone la realización del tipo de injusto respectivo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto, sino que lo acaba realizando por una infracción de la norma de cuidado, es decir, por una falta de observancia del cuidado debido¹¹¹.

La principal diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente es que, ante la representación de la posible realización del tipo, el autor la apruebe o acepte, o no. Si el autor hubiese sabido con certeza que se produciría el resultado, ¿habría actuado igual? En caso de respuesta afirmativa estaríamos hablando de dolo eventual, ya que el autor prevé esa posibilidad y aun así decide actuar. Sin embargo, si de haber sabido el resultado el autor hubiese desistido de sus actos estaríamos hablando de culpa consciente y, por tanto, de imprudencia¹¹².

El dolo supone la realización de la situación prevista en el tipo, pero cuando el autor desconozca alguno o todos los elementos del tipo injusto, estaríamos hablando de un error, concretamente error de tipo. El error de tipo (no debemos confundirlo con error de prohibición) a su vez puede ser vencible, que se da cuando el error podría haberse evitado si se hubiese observado el debido cuidado, o invencible, que de ningún modo se habría podido evitar. En caso de que el error de tipo fuese vencible se excluiría el dolo, pero daría lugar a la imprudencia, por lo que sería punible, pero en la modalidad de imprudente, de existir esta¹¹³.

Pues bien, el art.187 CP es un delito doloso y no existe una modalidad imprudente de este delito. Como hemos visto el dolo implica conocimiento y voluntad de realizar la acción, aunque no necesariamente conocimiento de su antijuridicidad. Por este motivo

¹¹¹ Para todo lo anterior, MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones del derecho penal parte general, 3ª ed., 2016, p. 228 y ss.

¹¹² MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

¹¹³ LUZÓN PEÑA, Lecciones del derecho penal parte general, 3ª ed., 2016, p. 228 y ss.; MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

entendemos que, en primer lugar, en el caso del delito de prostitución (art.187.1) la persona necesariamente debe ser consciente y querer realizar los medios comisivos para intentar que un tercero acepte o se mantenga en el ejercicio de la prostitución. De ninguna manera se podría exigir responsabilidad penal por inobservancia del cuidado debido.

Por su parte el delito de explotación de la actividad sexual (art.187.2 CP) también es un delito doloso y no imprudente. En este caso la persona que obtiene los beneficios no puede recibirlos por inobservancia del cuidado debido, sino que debe querer lograrlos, aunque no sepa que para eso está cometiendo un delito.

Para mayor concreción, se trataría de un tipo de dolo directo de primer grado (para ambos apartados del art.187 CP) ya que el propósito e intención del autor debe ser precisamente es realizar los elementos del tipo, con independencia de si finalmente se van a cumplir o no, o si eso conlleva a la comisión de un delito.

4. Tipos agravados (art. 187.2 CP)

Aparte de los tipos básicos que hemos visto en los dos primeros párrafos del art.187.1 CP, en su apartado segundo se recoge un tipo agravado:

“Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
- c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”.

Dentro del tipo agravado tenemos 3 subtipos o situaciones concretas:

- Apartado “a”: se introdujo con la reforma del CP de 1999, y junto con la pena prevista en este precepto se impondrá también la inhabilitación absoluta de 6 a 12 años¹¹⁵.

Aparte de que el sujeto goce de su condición de autoridad¹¹⁶, agente de la autoridad o funcionario público¹¹⁷, es necesario que concurra alguno de los medios comisivos del tipo básico del art.187.1 (violencia, intimidación...), o bien que se lucre con la explotación del ejercicio de la prostitución como enuncia el art.187.1 en su párrafo segundo. El abuso de su puesto o cargo puede entenderse medio comisivo en sí mismo, ya que supondría un abuso de superioridad, o bien como un medio accesorio a la violencia o la intimidación, entre otros¹¹⁸. Por ello entendemos que no basta con su condición personal, sino que es necesario el abuso de su función¹¹⁹.

- Apartado “b”: este supuesto fue introducido por la reforma del CP del año 2010. Para entender a qué se refiere con organización o grupo criminal debemos acudir a la definición que se da en el art. 570 bis CP apartado segundo y que es la siguiente: “se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”¹²⁰.
- Apartado “c”: también introducido con la reforma del CP en el año 2010.

¹¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios al CP (Tras las LO 1/2015 de 30 de marzo, y 2/2015 de 30 de marzo), 2016, p.725 y ss.

¹¹⁶ De acuerdo con el art. 24 del CP se considera autoridad: “... al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

¹¹⁷ De igual modo, el art.24 CP también hace referencia al concepto de funcionario público: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

¹¹⁸ RAMÓN GARCÍA / MORALES PRATS, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 367 y ss.

¹¹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 278 y ss.

¹²⁰ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm.281, de 24 de noviembre de 1995.

Esta circunstancia es más amplia que las anteriores y comparte muchas notas comunes con el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo. Cuando se habla de poner en riesgo la vida o la salud de la víctima se refiere normalmente a aquellos casos en los que se le ha obligado violentamente a ejercer esta actividad sexual. También puede aplicarse a aquellos casos donde se obligue a llevar a cabo estas prácticas sin protección o en condiciones de insalubridad¹²¹.

El CP prevé para este subtipo agravado recogido en el art.187.2 CP la pena de prisión y de multa correspondiente al delito de prostitución o de explotación sexual en su mitad superior para los casos expresamente reflejados en el texto de este apartado.

5. *Iter criminis*, autoría y participación

a. *Iter criminis*

El *iter criminis* es el camino o proceso por el que pasa todo delito hasta su ejecución. Dentro de este proceso encontramos 2 fases y dentro de ellas varias etapas:

- Fase interna: en esta fase se gesta la idea de la comisión del delito. El autor planea la idea y planifica cómo va a ejecutar el hecho delictivo. Este pensamiento no tiene trascendencia penal, ya que no es punible porque no se pueden castigar los meros pensamientos.

Dentro de esta fase, el autor pasaría por tres momentos concretos:

- La ideación: Aquí surge la idea o propósito de cometer la acción delictiva.
 - La deliberación: en este punto el sujeto elabora el plan con detalle y medita la comisión del delito. Baraja las posibilidades, observa los motivos y valora las posibles consecuencias de sus actos.
 - Decisión: en este caso se decide poner en práctica el plan previamente elaborado y entonces daría comienzo la fase externa.
- Fase externa: dentro de esta fase podemos diferenciar las siguientes etapas:
 - Actos preparatorios: suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto. Son aquellos actos que lleva a cabo el autor del delito para preparar (como su propio nombre indica) la ejecución de la acción.

¹²¹ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

El CP parte del principio de impunidad de los actos preparatorios, pero excepcionalmente prevé que algunos supuestos considerados especialmente peligrosos se puedan penar siempre y cuando así lo disponga expresamente la ley. Serían entonces considerados actos preparatorios punibles y son: la conspiración (art.17.1 CP), la proposición (art.17.2 CP), la provocación (art.18.1 CP) y la apología (art.18.2 CP)¹²².

- Actos ejecutorios: aquí comienza la ejecución del delito con independencia de que se termine o no produciendo el objetivo final. En función del grado de ejecución podemos hablar de tentativa o consumación.

Se entiende por tentativa todo proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación. De acuerdo con el art.16.1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

A su vez podemos diferenciar entre tentativa acabada e inacabada e idónea e inidónea.

- Tentativa acabada → cuando el autor lleva a cabo todos los actos de ejecución, pero por causas ajenas a la voluntad del sujeto no se produce el resultado.
- Tentativa inacabada → cuando el autor no acaba de realizar todos los actos de ejecución necesarios para la producción del resultado previsto.

¹²²MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

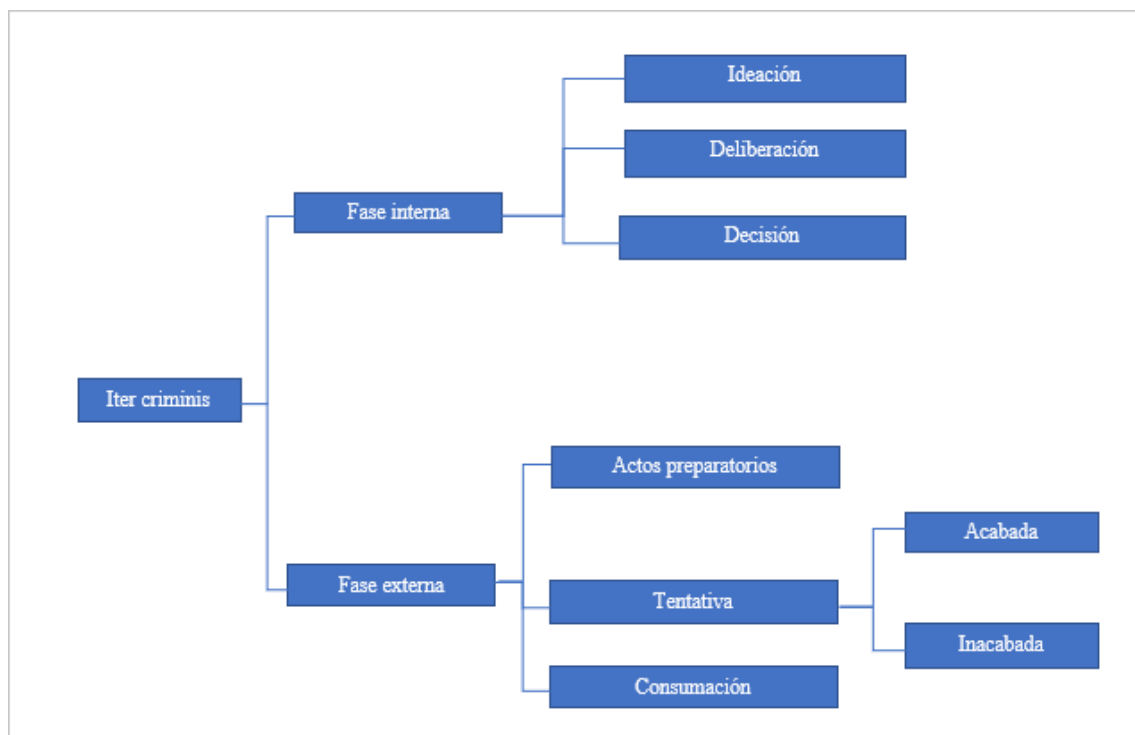
Debemos hacer una apreciación sobre la cuestión del desistimiento voluntario. El art.16.2 CP dice: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

Respecto a este tema la doctrina se encuentra dividida. Algunos autores, como LUZÓN PEÑA, opinan que el desistimiento por voluntad del autor constituye una causa de exclusión de la punibilidad. Por otro lado, otros autores como MIR PUIG consideran que uno de los elementos de la tentativa es la falta de desistimiento voluntario, por lo que de darse este se anularía conceptualmente la tentativa. En cuanto a la impunidad del tipo del que se haya desistido ambas teorías comparten el mismo pensamiento.

- Tentativa idónea → cuando el sujeto, el objeto o los medios empleados son los adecuados para realizar el tipo, pero que no logran llegar a término por causas ajenas a la voluntad del autor.
- Tentativa inidónea → en este caso, aunque el autor tenga la intención de consumar el delito, el sujeto, el objeto o los medios empleados no son aptos para lograr la consumación¹²³.

Por el contrario, puede ocurrir que efectivamente se realicen todos los elementos del tipo y entonces hablaríamos de consumación.

Aquí tenemos un esquema a modo de resumen sobre el iter criminis:



Ahora fijándonos en el esquema superior vamos a analizar el art.187 CP:

En la fase interna el sujeto plantearía la idea de obligar a alguien a mantenerse o iniciarse en la prostitución o bien el modo de lucrarse con la explotación de un tercero. Aquí una vez que tenga la idea, elaboraría el plan que va a desarrollar y cómo hacerlo.

En la fase externa, en cuanto a los actos preparatorios como hemos visto no son punibles salvo en los casos expresamente previstos en la ley, y en el caso que nos ocupa nada se

¹²³ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

menciona en el art.187 CP sobre los posibles actos preparatorios punibles, por lo que estos no se castigan.

Se produciría la consumación del delito cuando el sujeto consiga lucrarse con el ejercicio de la prostitución de un tercero o bien cuando consiga mantener o introducir a alguien en el ejercicio de esta actividad, según el tipo básico de que se trate.

Por su parte, habría tentativa cuando llevándose a cabo los actos de ejecución no se alcanzase el resultado previsto para la comisión del delito. Hablaríamos de tentativa acabada cuando se hubiesen ejecutado todos los actos, pero sin lograr la consumación (por ejemplo, que la persona finalmente no acceda a prostituirse), e inacabada cuando no se hubiesen ejecutado la totalidad de estas actuaciones (por ejemplo, que la policía identificase a la persona que obtendría el beneficio de la explotación de un tercero antes de lograr conseguirlo).

Y por último existiría desistimiento cuando el autor finalmente decidiese no continuar con la realización de los actos, que quedarían impunes salvo aquellos que constituyeran ya por sí mismos un delito consumado (p. ej., coacciones, amenazas, etc.).

b. Autoría y participación

En cuanto a la autoría el CP ante la posibilidad de que los delitos no sean ejecutados únicamente por una persona, sino que pueda haber una pluralidad de sujetos, establece diferentes formas de participación dependiendo del grado de intervención, y les atribuye distinta penalidad.

Nuestro CP dedica el Título II del Libro I a las personas criminalmente responsables de los delitos. Y debemos diferenciar entre los conceptos de autoría y participación. Son tipos de autoría aquellos cuyo sujeto recibe el nombre de autor y son tipos de participación aquellos cuyo sujeto se considera participe de un tipo de autoría¹²⁵.

El art.27 establece que “serán responsables de los delitos los autores y cómplices” por lo que debemos concretar qué se entiende por cada una de estas figuras.

El art.28 CP a su vez define el concepto de autor y establece que lo serán quienes realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirvan como

¹²⁵ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

instrumento. Este art. incluye también las figuras del inductor y del cooperador necesario, de las que hablaremos más adelante.

Entendemos por autor aquella persona que realiza el delito, quien decide en líneas generales si cometer el hecho y cómo llevarlo a cabo, es decir, aquel sujeto a quien se puede imputar como suyos los hechos¹²⁶.

Dentro de la autoría podemos diferenciar diferentes tipos:

- Autor directo: quien comete por sí solo la acción típica prevista en el CP. En nuestro caso quien llevase a cabo los medios comisivos para inducir o mantener en la prostitución o para lucrarse a su costa. Puede ser tanto persona física como jurídica.
- Coautor: supone la realización conjunta de un delito por más de una persona que colaboran en la comisión de los hechos. Para ello es necesario que todos realicen actos de carácter principal, aunque no necesariamente la totalidad de los hechos, sino que pueden dividirse las funciones principales entre el número de autores intervinientes, y ostenten el dominio común del hecho. En nuestro caso sería por ejemplo cuando una organización criminal se lucra con el ejercicio de la prostitución o bien cuando son varias personas quienes obligan conjuntamente al sujeto pasivo¹²⁷.
- Autor mediato: en este caso, la persona no realiza por sí misma el acto delictivo, sino que se aprovecha de un tercero ajeno a la situación para que realice el tipo. En nuestro caso un ejemplo sería aquel que utiliza a un tercero (el cual previamente también ha sido amenazado) para amenazar o agredir a la víctima y que así se prostituya.

Por su parte, la participación supone la cooperación dolosa en un delito ajeno. En este caso el partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El partícipe no realiza el tipo principal, sino una acción dependiente de esta. Y aunque el propio CP no los reconoce como autores, en algunos casos sí que los equipara a ese nivel a la hora de determinar la pena. Dentro de la participación diferenciamos entre:

- Inductor: recogido en el art. 28 CP, es aquel que induce a otro de forma directa y eficaz a cometer el delito. No obstante, el que decide y domina la realización de este

¹²⁶ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

¹²⁷ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, Derecho penal parte general, 8ª ed., 2010, p.265 y ss.

es el inducido, porque si no hablaríamos de autor mediato. No cabe inducción por omisión ni por imprudencia¹²⁸.

- Cooperador necesario: igualmente reflejado en el art.28 CP, es quien participa de forma consciente y dolosa en la comisión del delito, llevando a cabo una actividad indispensable para su consumación y sin la cual no hubiese podido ejecutarse. En el caso de la prostitución podríamos incluir a aquella persona que le pasa los contactos a un tercero, que vigila a las víctimas para saber con qué poder amenazarlas...
- Cómplice: reconocido en el art.29 CP aquellos que cooperan con la ejecución del delito con actos anteriores o simultáneos. A diferencia del cooperador necesario se trata de actos que no habrían sido determinantes para la ejecución del delito¹²⁹.

6. Concurso de delitos

En primer lugar, debemos saber qué es un concurso de delitos. Concorre concurso de delitos cuando uno o varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos. Dentro del concurso de delitos podemos diferenciar varios tipos enunciados en los arts. 73 ss. CP¹³⁰:

- Concurso real: cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos.
- Concurso medial: cuando se producen dos o más delitos y uno de ellos es medio necesario para cometer el otro. De tal manera que un delito no pueda cometerse sin el otro.
- Concurso ideal: cuando un solo hecho constituye dos o más delitos. Dentro de este podríamos diferenciar si los delitos que se producen son iguales o si por el contrario son delitos diferentes.
- Delito continuado: cuando el autor, aprovechándose de idéntica situación, comete una pluralidad de acciones respecto de una o varias personas, infringiendo el mismo precepto legal o de semejante naturaleza.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, Derecho penal parte general, 8ª ed., 2010, p.265 y ss.

¹²⁹ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, Derecho penal parte general, 8ª ed., 2010, p.265 y ss.

¹³⁰ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

Cabe mencionar también el denominado concurso de leyes. El concurso de leyes ocurre cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo sería de aplicación uno. Esto sucede siempre que uno de los preceptos baste por sí solo para englobar la totalidad del desvalor del hecho o hechos delictivos¹³¹.

Ahora bien, vamos a analizar los posibles concursos de delitos que pueden darse en los diferentes apartados de este art.187.

En primer lugar, el art.187.1 prevé el delito de prostitución. Tanto la doctrina como la jurisprudencia¹³² reconocen que en el caso del delito de prostitución habrá tantos delitos como víctimas, de manera que hablaríamos de un concurso real entre varios delitos de prostitución¹³³.

No obstante, esto no ocurre con el delito de explotación previsto en el apartado segundo del art.187 CP, ya que, aunque un solo sujeto se lucre del ejercicio de varias personas prostituidas, solo se castigaría como un delito de explotación, y no uno por víctima¹³⁴.

También se prevé la posibilidad de que concurra concurso con el delito de detención ilegal (art.163 CP)¹³⁵ cuando la retención en la prostitución consistiese en una privación física de libertad. Normalmente estaremos ante un concurso de tipo medial.

Otra opción posible es el concurso real con el delito de explotación laboral (art.312 CP)¹³⁶, puesto que el bien jurídico protegido en ambos delitos es diferente. No obstante, para que se pueda hablar de concurso de delitos en este caso deben darse unas condiciones laborales perjudiciales y que supriman o limiten altamente los derechos de las personas prostituidas.

También puede confluir con el delito de tráfico de personas (art.177 bis CP)¹³⁷. El TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de concurso entre ambos

¹³¹ MIR PUIG, Derecho penal parte general, 10ª ed., 2016, p. 264 y ss.

¹³² Véanse la STS 1045/2003 de 18 de julio, FJ 10, y la STS 380/2007 de 10 de mayo, FJ 5.

¹³³ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss. QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 278 y ss.;

¹³⁴ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹³⁵ STS 1059/2007 de 20 de diciembre, FJ 6.

¹³⁶ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 278 y ss.

delitos, como por ejemplo en la STS 861/2015 de 20 de diciembre de 2015, pues entiende que, aunque el delito del art.177 bis incluye la trata con finalidad sexual, esta conducta no engloba toda la gravedad del hecho delictivo cuando la explotación se llega a consumir efectivamente.

Por su parte, el Pleno de la Sala 2ª del TS llegó a un acuerdo en el año 2008¹³⁸, por el que se reconoce el concurso real de delitos entre los delitos de prostitución (actual 187 CP) y el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina (art.318 bis CP)¹³⁹.

Y, por último, el propio artículo 187 en su apartado tercero reconoce la posibilidad de que el delito de prostitución o proxenetismo se dé en concurso con otros delitos de abuso o agresiones: “Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

Se prevé entonces un concurso real entre los delitos de prostitución o explotación recogidos en el art.187 (apartado 1 y 2) y los delitos de abuso y/o agresión sexual del art.181 y ss., como se expresa literalmente en la redacción del apartado tercero del art.187, ya que las penas previstas para los delitos de abuso o agresión se impondrán con independencia de las penas correspondientes para los delitos del art.187 CP. Se entiende que en este caso los delitos de prostitución o explotación no incluirían toda la gravedad de los delitos de abuso o agresión y por ese motivo se penan por separado¹⁴⁰.

II. Análisis dogmático y político criminal de los tipos básicos del art. 188 CP

El art. 188.1 CP dice lo siguiente:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”.¹⁴¹

¹³⁸ Acuerdo del Pleno de la Sala segunda del TS 2/2008, de 26 de febrero de 2008.

¹³⁹ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹⁴⁰ GARCÍA VALDÉS/ MESTRE DELGADO/ FIGUEROA NAVARRO, Lecciones de derecho penal parte especial, 2ª ed., 2015, p. 94 y ss.

¹⁴¹ Art.188 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

1. Bien jurídico protegido

En el caso de los delitos de prostitución y explotación de menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, a diferencia de los delitos del art. 187 CP, el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino la integridad e indemnidad sexual¹⁴², en cuanto a no sufrir intromisiones de terceros en el correcto desarrollo sexual de la persona ni en su bienestar físico y psicológico adecuado para su formación sexual¹⁴³.

Concretando un poco más, y aunque en ambos casos prima la indemnidad sexual, en el caso de los menores de edad, el bien jurídico protegido estaría más enfocado hacia una correcta educación en el ejercicio de la sexualidad; mientras que en el caso de las personas con discapacidad el objetivo fundamental es que no se conviertan en objeto o mercancía para satisfacer el instinto sexual de terceros¹⁴⁴.

2. Elementos objetivos del tipo básico

Como veíamos en el apartado anterior de análisis del art.187 CP, vamos a diferenciar entre conducta típica y sujetos.

a. Conducta típica

Dentro del apartado primero del art. 188 CP encontramos varias conductas típicas.

En primer lugar, se enuncia el delito de prostitución de personas menores de edad o con discapacidad:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”

Y aunque este párrafo omite referencia alguna al mantenimiento en el ejercicio de la prostitución de cualquiera de estos sujetos mencionados expresamente, se entiende que queda implícito dentro del apartado primero¹⁴⁵.

La conducta típica exige que se den alguno de los verbos típicos descritos: inducir, promover, favorecer o facilitar. Entendemos por cada uno lo siguiente:

¹⁴² GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), 2ª ed., Comentarios al CP, 2011, p.743 y ss.

¹⁴³ COBO DEL ROSAL, Derecho penal español parte especial, 2ª ed., 2005, p. 308 y ss.

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 22ª ed., 2019, p. 239 y ss.

¹⁴⁵ MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios al CP, 2016, p. 732 y ss.

- Inducir → consiste en instigar o mover a un tercero a la prostitución, con independencia de que esta idea ya estuviese predispuesta en el sujeto siempre y cuando no muestre convicción.
- Promover → consiste en incitar o estimular a un tercero para que ejerza la prostitución.
- Favorecer/facilitar → incluye todas aquellas conductas de ayuda, cooperación o colaboración para que se ejerza la prostitución¹⁴⁶.

En segundo lugar, se recoge el delito de explotación de menores o personas con discapacidad:

“[...] o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines [...]”.

Aunque en ocasiones los sujetos que se lucran de la prostitución de terceros y los que la explotan son distintos, como también reconoce la jurisprudencia, lo que se busca aquí es equiparar las conductas de ambos grupos de personas atendiendo a la trascendencia que muestran para el ejercicio de la prostitución¹⁴⁷.

Al contener este precepto dos conductas diferentes, nos surge la duda de si debemos entenderlo como un delito de tipo mixto. Estos delitos se caracterizan porque describen varias conductas, pero como disyuntiva. La principal consecuencia que plantean estos delitos es interpretar si concurre o no concurso de delitos entre las diferentes acciones descritas en el tipo. Esta interpretación se basa en criterios teleológicos-valorativos, de manera que podemos diferenciar entre aquellos que entienden no hay concurso de delitos porque consideran que es indiferente que se realice una, varias o todas las conductas del tipo ya que esto no supone un incremento del desvalor de la acción (entonces hablaríamos de tipo mixto alternativo); y aquellos que entienden al ejecutarse varias acciones aumenta el desvalor de la acción (sería entonces tipo mixto acumulativo)¹⁴⁸.

En nuestro caso concreto como vemos el art.188.1 CP plantea la disyuntiva entre el delito de prostitución de menores y personas con discapacidad y su explotación sexual, por lo que cumpliría el requisito para considerarlo un delito de tipo mixto, pero bien, ¿acumulativo o alternativo? ORTS BERENGUER entiende que se trata de un tipo mixto

¹⁴⁶ GAVILÁN RUBIO, AJEE, 48, 2015, p. 103 y ss.

¹⁴⁷ COBO DEL ROSAL, Derecho penal español parte especial, 2ª ed., 2005, p. 307 y ss.

¹⁴⁸ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 3ª ed., 2016, p.160 y ss.

alternativo ya que lucrarse después de haber inducido o facilitado la prostitución de estos sujetos, no supondría un aumento del desvalor de la acción¹⁴⁹.

Ambos tipos básicos recogidos en el art.188 CP se desarrollan como un delito de mera actividad¹⁵⁰. No se exige para que se consume un resultado separado a la acción de los verbos típicos (inducir, favorecer, facilitar o promover) ni la explotación. Aunque la finalidad de estos delitos sea la producción de un resultado (ya sea la prostitución o la explotación de los menores o personas con discapacidad), la realización de la mera acción agota su entidad, es decir, basta con que se ejecute la acción descrita en el tipo para que se consume el delito, sin necesidad de que finalmente se alcance el resultado¹⁵¹.

También debemos saber que para que se perfeccione el tipo penal será indiferente que el menor hubiese manifestado o no su consentimiento, tal y como muestra también la jurisprudencia (STS 1310/2004, de 5 de noviembre de 2004)¹⁵².

Por último, el CP manifiesta que ambos tipos del primer apartado del art. 188 CP estarán penados con pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses¹⁵³.

b. Sujetos

Como bien sabemos los sujetos se pueden diferenciar en sujeto activo y pasivo.

El sujeto activo será aquella persona que lleve a cabo alguna de las conductas descritas en el tipo, ya sea para prostitución o explotación¹⁵⁴. Podrá también responder criminalmente por este delito una persona jurídica, tal y como queda reflejado en el art.189 bis CP¹⁵⁵.

El sujeto pasivo, en cambio, será una persona menor de edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años o bien una persona con discapacidad necesitada de especial

¹⁴⁹ ORTS BERENGUER/ SUÁREZ MIRA, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001. / MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁵⁰ STS 510/2010, de 21 de mayo.

¹⁵¹ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁵² GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹⁵³ El primer apartado del art.188 CP prevé una agravante cuando el sujeto sea menor de dieciséis años, sobre ello hablaremos más adelante en el apartado dedicado a los subtipos agravados.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 22ª ed., 2019, p. 239 y ss.

¹⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 280 y ss.

protección. Cabe hacer hincapié que para hablar del concepto de persona discapacitada a la que hace alusión el tipo penal, esta debe carecer de capacidad de consentimiento, el cual, en este caso, no puede ser otorgado por un tercero, con independencia de que tenga con él una relación de hecho o de derecho¹⁵⁶.

Se entiende por menor de edad aquella persona menor de dieciocho años. Y por persona discapacitada necesitada de especial protección, de acuerdo con el art. 25, apartado segundo del CP "... a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

3. Elementos subjetivos del tipo

Los delitos recogidos en el art.188 CP son considerados delitos dolosos. Dentro de los elementos del dolo, se reconoce como elemento intelectual el conocimiento por parte del sujeto de que la persona que se prostituye es menor de edad o una persona con discapacidad. Esto se puede apreciar en elementos externos como el aspecto, la relación previa con el explotador...¹⁵⁷.

En este tipo de delitos el conocimiento de la edad es un elemento fundamental del tipo delictivo. Por lo tanto, podríamos hablar de error. ¿Qué tipo de error? Error de tipo, que, además, ya definimos anteriormente y vimos que podría ser vencible o invencible. Generalmente el error en estos delitos será de tipo vencible, ya que, en la mayor parte de los casos, si el autor hubiese mostrado mayor diligencia, habría salido del error.

No obstante, la jurisprudencia reconoce que en estos casos donde a priori habría error de tipo vencible, el delito será penado como dolo eventual y no como imprudencia: "Si se admite que aquél fuese invencible, lógicamente la conducta del procesado estaría excluida de la responsabilidad criminal, más si la vencibilidad del error se impusiera, a tenor de lo dispuesto en el Código Penal, la infracción sería castigada desde luego como dolo eventual" [sic.]. Por lo tanto, aunque a priori pudiese entenderse como error de tipo, jurisprudencialmente se entiende que estamos ante una situación de dolo eventual ya que

¹⁵⁶ STS 510/2010, de 21 de mayo.

¹⁵⁷ DE ELENA MURILLO, Comentarios al CP, 2009, p. 371 y ss.

las víctimas muestran un aspecto juvenil y el autor no se molestó en averiguar si realmente se trataba o no de un menor de edad¹⁵⁸.

Aunque esto es lo que defiende la jurisprudencia no deja de ser una mala aplicación de los conceptos por su parte. Si bien es cierto que la diferencia entre el dolo eventual e imprudencia consciente es muy confusa, en ambas el autor ha sido consciente de que con sus actos podía cometer todos los elementos del tipo, mientras que en la imprudencia inconsciente no es consciente de esto. Por lo tanto, si en algún caso el sujeto agente incurre verdaderamente en error de tipo y se le aplica este tipo dolo se estaría aplicando una pena incorrecta. Es decir, si hay error es porque el autor no era consciente de que pudiese cometer el tipo¹⁵⁹, por lo tanto, no debería penarse como si lo fuese. ¿Por qué la jurisprudencia pena un supuesto delito imprudente como doloso aun cuando no lo es? Esto no debería ser posible.

4. Tipos agravados

- Víctima menor de 16 años (art. 188.1, apartado segundo)

Aparte del tipo básico que encontramos en el primer apartado del art.188 CP, su segundo apartado dentro de este precepto recoge el primer tipo agravado y dice lo siguiente:

“Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses”

Hace referencia tanto al delito de prostitución como de explotación del primer apartado y distingue, dentro de las personas menores de edad, a los menores de 16 años, entendemos que especialmente vulnerables por su corta edad.

Este tipo agravado fue introducido en nuestro CP con la reforma del año 2010, pero recientemente ha vuelto a modificarse en el año 2015, elevando la edad de 13 años (que era la que preveía el CP de 2010) hasta 16. Esta reforma va condicionada en gran medida por la elevación de la edad para consentir libremente el mantenimiento de relaciones sexuales del art.183 CP¹⁶⁰.

¹⁵⁸ SAP de Valencia 431/2006, de 12 de junio. FJ 3.

¹⁵⁹ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 3ª ed., 2016, p.250 y 294.

¹⁶⁰ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

Para este tipo agravado se prevé una pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

- Violencia o intimidación (art.188.2 CP)

El art.188.2 CP dice lo siguiente:

“Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos”.

Antes de la reforma del año 2015, este subtipo agravado se incluía dentro del mismo precepto dedicado a la prostitución de personas mayores de edad, con la nota de gravedad por tratarse de persona menor de edad o discapacitada. Tras la reforma que tuvo lugar en el año 2015, el legislador decide darle autonomía propia¹⁶¹.

El concepto de violencia e intimidación no supone mayor complicación, puesto que lo hemos explicado anteriormente en el análisis del art.187 CP. Y nuevamente se hace referencia a la especial consideración del menor cuya edad no sobrepase los 16 años, como forma de endurecer aún más la conducta. Así, el CP para este delito prevé dos penas diferentes, de un lado para menores de dieciséis años una pena de prisión de cinco a diez años, y una pena de prisión de cuatro a seis años para el resto de los casos (personas de entre dieciséis y dieciocho años y con discapacidad). Todo ello acompañado de la pena de multa que corresponda en función del delito que se haya cometido.

- Situaciones especiales (art.188. 3 CP)

Otro tipo agravado dentro de este artículo viene en el apartado tercero:

“Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.
- b. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

¹⁶¹MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

- c. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- d. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e. Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
- f. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Respecto del apartado “a” puede surgir la problemática de considerar que estamos ante un *bis in ídem*, es decir, que se podría pensar que se está castigando dos veces una misma circunstancia. De un lado la minoría de edad o discapacidad que ya de por sí aprecia el tipo básico y nuevamente la especial vulnerabilidad por razón de edad o discapacidad. Pero la sola minoría de edad no sería suficiente para infringir este principio¹⁶².

De acuerdo con la jurisprudencia el Tribunal Supremo recuerda que: “en aquellos casos en los que se ha tenido en cuenta la edad de la menor para afirmar la falta de consentimiento, no debe tenerse de nuevo en cuenta esa menor edad para apreciar la agravante que se solicita, y así se han pronunciado reiteradas sentencias de esta Sala en las que se ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del “non bis in ídem”¹⁶³.

De manera que para apreciar esta circunstancia agravante específica no solo debemos valorar la minoría de edad de la víctima o la situación de discapacidad, sino que además debe darse alguna circunstancia más de especial vulnerabilidad diferente de estas, ya que sino hablaríamos del tipo básico del apartado primero del art. 188 CP.

El apartado “b” como vemos prevé la agravante de parentesco y se aplicará cuando el delito sea cometido por alguno de los sujetos descritos en el apartado. Se incluirán también a efectos de parentesco el compañero/a sentimental o pareja de hecho de alguno

¹⁶² MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁶³ STS 1357/2005, de 14 de noviembre. FJ 2. Véase también la STS 379/2015, de 19 de junio. FJ 2.

de los progenitores¹⁶⁴. En este caso, la jurisprudencia entiende que, aunque el padrastro no sea familia directa del menor se cumplen los requisitos para aplicar la agravante específica de parentesco, ya que la relación que mantienen le permite rentabilizar esa prevalencia para satisfacer sus deseos sexuales. Por tanto, estaríamos hablando de una situación de parentesco por afinidad¹⁶⁵.

El tercer apartado hace referencia a la agravante de autoridad, agente de la autoridad o funcionario. Ya vimos con el artículo anterior qué entendía el CP por cada una de estas figuras. Sobre este aspecto la jurisprudencia se pronuncia y dice que no basta con que la persona que lleve a cabo el acto delictivo sea agente o funcionario público, sino que debe aprovecharse de su condición para realizar el hecho típico¹⁶⁶. En consecuencia, cuando el delito no guarda relación ni se realiza en el marco de la actuación profesional, no concurre la cualificación¹⁶⁷.

El apartado “d” también podría suscitar algún problema de inherencia (debido a la amplitud de los conceptos); no obstante, se considera que cuando la lesión o el simple peligro se alejen de lo considerado habitual dentro de la comisión de este hecho delictivo, será de aplicación este subtipo. No será necesario que se ponga en peligro la integridad física ni la vida de la víctima, y se incluirán tanto aquellas situaciones donde dolosamente se busque provocar este daño al menor como cuando se haga de forma imprudente. Se podrán incluir dentro de este apartado circunstancias como someter al menor al ejercicio prolongado de la prostitución, bajo condiciones higiénicas lamentables, horarios abusivos...¹⁶⁸

Y, por último, en el caso de la organización criminal dedicada a esta actividad, se considera adecuada esta agravación de la pena por el incremento de posibilidad de

¹⁶⁴ Véase STS 291/2015, de 21 de mayo. FJ 1.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ Véanse las STS 992/2005, de 28 de julio, FJ 1; STS 404/2013, de 7 de mayo, FJ 1.

¹⁶⁷ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁶⁸ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

agresión al bien jurídico protegido y por la posible supervivencia del propósito criminal dentro de la organización¹⁶⁹.

La pena que prevé el CP para los delitos cometidos con alguna de estas circunstancias agravantes es la pena superior en grado en función de los delitos cometidos de los apartados descritos a lo largo del art. 188 CP.

5. La responsabilidad del cliente en el art. 188.4 CP

El cuarto apartado de este precepto enuncia lo siguiente:

“El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión”.

Este delito fue introducido en la reforma que sufrió el CP en el año 2010, y nuevamente modificado y agravado tras la reforma del 2015¹⁷⁰.

En un primer momento, la jurisprudencia¹⁷¹ se mostraba contraria a castigar penalmente al cliente que demandaba servicios sexuales de menores, pues no se quería asemejar la conducta de facilitación de la prostitución de menores con el mero hecho sexual con un menor a cambio de un precio¹⁷². De manera que solo eran punibles aquellas situaciones que favorecieran el inicio de los menores en el ejercicio de la prostitución (siempre que no la hubiesen ejercido previamente)¹⁷³.

No obstante, meses más tarde se produjo un cambio de interpretación como consecuencia del conocido “Caso Army” (SAP Sevilla de 19 de marzo de 1998). En esta sentencia el TS decidió contra el criterio que se venía aplicando hasta el momento a la hora de castigar a algunos clientes de prostitución infantil. En consecuencia, se adoptó un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala segunda donde se trataba expresamente la figura del

¹⁶⁹ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español parte especial, 2015, p. 280 y ss.

¹⁷¹ Especial relevancia tuvo la STS de 12 de enero de 1998.

¹⁷² MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁷³ PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p.167 y ss.

cliente en la prostitución de menores¹⁷⁴. Según este acuerdo¹⁷⁵, habría que estudiar y analizar cada caso concreto y, en función de la reiteración y circunstancias de los actos, así como de la edad de las víctimas, considerar si el cliente induce o no a la prostitución de los menores¹⁷⁶.

Con la reforma del CP en el año 2010, se tipificó como delito la obtención mediante remuneración o promesa¹⁷⁷ de servicios sexuales de menores, con independencia de su edad, de la reiteración de los actos o de su situación previa. Este cambio de opinión vino motivado por la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento una decisión marco del Consejo de la UE¹⁷⁸ en relación con la lucha contra la explotación sexual, que obligaba a tipificar expresamente estas conductas¹⁷⁹.

Posteriormente se aprobó una nueva directiva en el año 2011 para luchar contra los abusos sexuales y la pornografía infantil¹⁸⁰ y esto supuso una nueva adaptación de nuestro CP. Fue con la reforma del CP del año 2015 cuando el legislador le ofrece autonomía a este

¹⁷⁴ PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p.167 y ss.

¹⁷⁵ El TS en su Acuerdo no jurisdiccional de la sala segunda con fecha 12 de febrero de 1999 dispone expresamente lo siguiente: «debe examinarse en cada caso, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor, si las actuaciones de los «clientes» inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido, en los casos de prostitución infantil, jóvenes de 13, 14, 15 años ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana, el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor a realizar el acto de prostitución solicitado». Véase también la STS 1207/1998, de 7 de abril de 1999.

¹⁷⁶ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁷⁷ Se entiende por promesa cualquier contraprestación de contenido económico, en sentido amplio, entendiéndose también la entrega de cosas o servicios extra commercium, como puede ser droga. Quedan excluidas promesas de carácter afectivo o sentimental que serían propias de otro tipo de delito.

¹⁷⁸ Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

¹⁷⁹ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p. 167 y ss.

¹⁸⁰ Directiva 2011/92/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que venía a sustituir a la ya mencionada Decisión Marco del año 2004.

delito, dejando de equipararlo con el delito de favorecimiento a la prostitución de menores¹⁸¹.

Este precepto lucha por una política de tolerancia cero en relación con la conducta del cliente. Actualmente este precepto no se relaciona directamente con el término prostitución, sino más bien con el intercambio puntual y esporádico de relaciones remuneradas con menores de edad, de ahí que la penalidad que se muestra sea menor que para la conducta típica del art. 188.1 CP¹⁸².

Junto con esta disminución de la pena, se contempla también la imposibilidad de aplicación de los subtipos cualificados del art. 188.3 CP, que se limitan a los dos primeros apartados de este art.188 CP. Aun con esto se entiende que la pena sigue siendo desproporcionada en cuanto asemeja la situación de solicitar o aceptar estas relaciones con la efectiva obtención y consumación de esta¹⁸³.

Se entiende por solicitar la acción de pedir, proponer, aspirar o pretender a mantener una relación sexual con el menor o persona con discapacidad. En este caso es el sujeto activo quien busca a la víctima, aprovechándose de la situación en ocasiones, para proponerle el mantenimiento de estas relaciones, a cambio de la remuneración económica o promesa de esta. Por su parte, la aceptación de este tipo de relaciones sexuales consiste más que en proponer en acceder, consentir o tolerar dichos actos. El tipo se realiza cuando esta aceptación se recibe con agrado y a cambio se produce la promesa o remuneración económica¹⁸⁴.

Por último, la pena que se prevé para este delito del art. 188.4 CP es de uno a cuatro años de prisión. No obstante, este mismo precepto reconoce de nuevo una agravación de la pena por cuestiones de edad, de manera que, si la víctima fuese menor de dieciséis años, la pena a aplicar será la pena de prisión de dos a seis años de prisión.

¹⁸¹ PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p. 167 y ss.

¹⁸² PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p. 167 y ss.

¹⁸³ MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁸⁴ PÉREZ ALONSO, RDPC, 17, 2017, p.167 y ss.

6. *Iter criminis*, autoría y participación

a. *Iter criminis*

El *iter criminis* como veíamos anteriormente es el proceso que sigue todo delito hasta su ejecución. Pues bien, al igual que en el art.187 CP, a lo largo del enunciado del art.188 nada se dice sobre los posibles actos preparatorios punibles, por lo que entendemos que tampoco se castigan en este delito.

La consumación, por su parte, a diferencia de otro tipo de delitos, no exige que se alcance el fin de la prostitución del menor o de la explotación sexual del mismo, que constituiría en su caso el agotamiento o terminación del delito. En ese sentido al tratarse de un delito de mera actividad (estos delitos no exigen la producción de un resultado típico para entender que se ha cometido el ilícito penal¹⁸⁵), bastará para la consumación con que se realice alguna de las conductas típicas recogidas en el art.188 CP, aunque finalmente no se logre que el menor o persona con discapacidad se prostituya, o lucrarse con la prostitución de un tercero¹⁸⁶.

En el caso de los delitos de mera actividad (como es el caso que nos ocupa), la tentativa plantea un pequeño conflicto. La tentativa inacabada no supone mucha controversia, ya que es aceptada en todo caso, y más claramente en aquellos donde sea necesario la comisión de varios actos para la consumación del delito¹⁸⁷.

Ahora bien, la tentativa acabada el problema que suscita en este tipo de delitos es que cuando el autor lleva a cabo todos los actos ejecutivos para la realización del tipo, este ya se ha producido, es decir, la realización del último acto ejecutivo supone la consumación del delito, por lo que no existe ese concepto que entendemos por tentativa acabada¹⁸⁸.

Cabrá desistimiento en todo caso cuando el autor (o autores) de los hechos no sigan con la ejecución de los hechos de manera voluntaria, siempre que no se haya consumado ya el delito.

¹⁸⁵ STS 724/2000, de 17 de abril.

¹⁸⁶ Circular 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración; DE ELENA MURILLO, Comentarios al CP, 2009, p. 371 y ss.

¹⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, RDPC, 10, 2002, p.11 y ss.

¹⁸⁸ MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

b. Autoría y participación

En cuanto a la autoría, se considera autor o autores a quienes realicen las conductas previstas en el tipo penal. No obstante, el CP asemeja la condición de autor con conductas de complicidad al equiparar conceptos como facilitar e inducir¹⁸⁹.

La consecuencia fundamental de equiparar estos conceptos, y, por ende, del concepto que se otorga de la figura del autor, es la exclusión de las conductas de participación en el delito, ya que se deja sin juego a las normas de la codelincuencia diferentes de la autoría en sentido estricto¹⁹⁰.

Por todo ello, el concepto de autor engloba a cualquiera que tenga una contribución causal al resultado de la prostitución de los menores de edad, argumento que también se defiende jurisprudencialmente¹⁹¹.

A diferencia del art. 187 CP en el caso de los menores de edad, la tercería locativa sí es punible, si el tercerista conoce la condición de minoría de edad¹⁹².

7. Concurso de delitos

El art. 188.5 CP hace referencia textual a la cláusula concursal típica, que como veíamos en el 187, consiste en reconocer la existencia de concurso de delitos cuando el delito de prostitución o explotación de menores o personas con discapacidad se dé junto con un delito de abuso y/o agresión sexual. En este caso se penarán ambos delitos separadamente dando lugar a un concurso real.

Además de esta cláusula general, se prevé que el art. 188 CP pueda entrar en concurso con otros delitos.

De acuerdo con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del TS con fecha de 30 de mayo de 2006, se reconoce la posibilidad de que el art. 188.1 CP concurra en un concurso real de delitos junto con el delito de explotación laboral del art. 312 CP.

No es el único Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta sala que hace referencia a posibles concursos del art. 188 CP. El Acuerdo con fecha 26 de febrero de 2008 dispone

¹⁸⁹ MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

¹⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p.747 y ss.

¹⁹¹ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹⁹² MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del derecho penal, 10ª ed., 2016, p. 378 y ss.

que la relación entre los arts. 188 y 318 bis CP (delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina) será de concurso real de delitos.

Cabe también la posibilidad de que los menores que sean obligados a ejercer la prostitución a su vez sean grabados, y entonces hablaríamos de un concurso real de delitos entre el art.188 CP y el art. 189.1 relativo a la pornografía infantil¹⁹³.

Y, por último, hablaríamos de un concurso de leyes entre el art. 183 bis CP que contiene el delito de “child grooming” y el art. 188 CP. En este caso ambos preceptos tienen el mismo bien jurídico protegido, pero al contener el art.188 la pena más grave será el que resulte de aplicación¹⁹⁴.

¹⁹³ GÓMEZ TOMILLO, en Gómez Tomillo (Dir.), Comentarios al CP, 2ª ed., 2011, p. 743 y ss.

¹⁹⁴ FIGUEROA NAVARRO, ADPCP, 68, 2015, p. 419 y ss.

CONCLUSIONES

Tras el estudio de la prostitución más profundamente surgen varias cuestiones que considero deben ser analizadas.

En primer lugar, la percepción de la prostitución como algo negativo. Está claro que nuestra sociedad, como veíamos al principio del texto, se ha mostrado contraria a esta práctica, aparte de por los problemas jurídicos que puede plantear, por considerarla algo moralmente reprochable. Bajo mi punto de vista, esto es un problema de doble moral, es decir, creo que hablar de prostitución como algo negativo, cuando hay cantidad de personas (tanto hombres como mujeres) que la consumen, es algo contradictorio. Creo que se le da más importancia a la repercusión sociocultural que pueda derivar de la aceptación de esta práctica, que a su ejercicio en sí, por lo que debemos ser un poco más tolerantes y abrir la mente en cuanto a que existan hombres y mujeres que quieran hacer de esta actividad su medio de vida de una forma libre y consentida.

A raíz de este pensamiento de ejercicio voluntario de la prostitución, me sobreviene la idea de la prostitución como delito y de la posibilidad de la vulneración de derechos fundamentales. Bien, en primer lugar, distinguir sobre la posibilidad del ejercicio libre de la prostitución o no es algo, a mi parecer, complejo de identificar. ¿Cómo podemos saber que realmente alguien lo ejerce libremente y no por obligación de un tercero? Por ese motivo creo que las políticas destinadas a la lucha contra la prostitución no deben centrarse tanto en la figura de la prostituta como tal, sino en su protección y cuidado.

Lo que quiero decir con esto es que debemos desarrollar políticas de protección y salvaguarda de los derechos de las personas que ejercen la prostitución, sin dejar de lado lógicamente la lucha contra mafias y otras organizaciones o personas que comercialicen de alguna manera con ello. Ya que demostrar el consentimiento es difícil, debemos darles a las prostitutas (y prostitutos) las herramientas necesarias para que se puedan proteger y no dificultar aún más su medio de vida, pues solo fomentamos que la prostitución sea una práctica más opaca y enrevesada, sin lograr en ningún caso limitarla o extinguirla.

No considero que la prostitución voluntaria suponga una vulneración de derechos ni que se trate de una práctica denigrante para las personas que la ejercen. No obstante, esto sí ocurre cuando no es elegida libremente, y en esos casos, sí estaríamos ante una clara vulneración de derechos, pero no por la actividad que se ejerce en sí, sino por el simple

hecho de obligar a una persona a realizar una actividad contra su voluntad, bien sea la prostitución o cualquier otra.

Una buena manera de luchar por esos derechos es regularla laboralmente. Esto facilitaría en gran medida un control más exhaustivo sobre aquellas personas que ejercen la prostitución y se les otorgarían los derechos que merecen al dedicarse a una actividad económica como otra cualquiera.

Entre mis valoraciones y propuestas de *lege ferenda* estarían:

- La regulación laboral de la prostitución como actividad económica. Creo que el mejor modelo para lograrlo sería el trabajo autónomo, donde fueran las personas que se prostituyen quienes determinen las condiciones (horarios, tarifas, clientes...). Se garantizaría así que gozan de la libertad necesaria para no caer en la limitación de su libertad sexual al estar condicionadas por un tercero del que dependerían laboralmente. Con ello se reconocerían a los trabajadores derechos básicos como la seguridad social.
- En la prostitución de personas mayores de edad, creo que la ley debería estar más enfocada a las personas que obligan a terceros a prostituirse o a lucrarse con ello que a los propios prostituidos. Se deben intensificar las labores de investigación y detención de este tipo de personas y luchar para paliar los efectos que tienen sobre las víctimas.

En todo caso, las personas que no ejercen libremente la prostitución, sino que son obligadas a ello, deberían tener la consideración de víctimas. No se las puede multar, por ejemplo, por ofrecer sus servicios en lugares públicos ya que no se les da otra opción, es decir, ellas se ven obligadas a realizar estas actividades puesto que tienen un tercero que las obliga, pero el Estado tampoco les proporciona una solución práctica para que no lo hagan en lugares públicos (ya que es el ejemplo que hemos planteado) o bien para que lo puedan hacer libremente como un trabajo remunerado y alejarse así del problema del proxenetismo.

En el momento en que la prostitución se regule como una relación laboral al uso, creo que el número de personas que se dedican a explotar la prostitución de terceros disminuirá en cuanto a que ya no hacen negocio de esa ilicitud que planteaba anteriormente.

- Y, por último, en el caso de los menores de edad, considero que el art.188 CP debería reformularse e incluir la posibilidad de aplicar las agravantes del apartado

tercero al delito de consumo de prostitución infantil recogido en el art.188.4 CP. Dentro de este artículo quizá este sea el apartado que más me llama la atención. Bajo mi punto de vista el cliente que acepta mantener relaciones sexuales con menores o personas con discapacidad debería asemejarse en pena a aquellos que induzcan, promuevan o se lucren de la propia prostitución de estos. Se trata de un elemento fundamental para la subsistencia de estas prácticas, ya que si no hubiese clientes que acceden a ello la cantidad de menores prostituidos sería bastante menor. A parte de esta equiparación en la pena, no entiendo cómo se excluye del apartado 4 la aplicación de los agravantes del apartado tercero, ya que podrían concurrir en situaciones no tan extraordinarias. Por ejemplo, puede suceder que sean dos o más personas las que paguen por mantener relaciones simultaneas con un mismo menor o persona con discapacidad, o que el propio cliente de forma dolosa o imprudente ponga en peligro la vida o salud del menor. Por todo ello considero que de *lege ferenda* debería replantearse la posibilidad de castigar estos agravantes al delito de consumo de prostitución infantil que prevé este art.188.4 CP.

BIBLOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, Los delitos de mera actividad, RDPC, 10, 2002, p.11 y ss.
- AGUILAR GONZÁLEZ, José María, ¿Contratos prohibidos o regulados? El caso de la prostitución, ICE, 915, 2020, p.69 y ss.
- BARCONS CAMPAJÓ, María, Las ordenanzas municipales: entre la regulación y la sanción de la prostitución en España, RCPP, 15, 2018, p.90 y ss.
- BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de derecho penal español, 2, Bosch, Barcelona, 2008.
- BLÁZQUEZ-VILAPLANA, Belén, La trata de personas con fines de explotación sexual en España: elementos para la reflexión, Espiga, 34, 2017, p.183 y ss.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna / ARCE BECERRA, Paula, La reglamentación de la prostitución en los ayuntamientos: una técnica de ficticia seguridad ciudadana, RCPP, 15, 2018, p.71 y ss.
- BOLAÑOS NARANJO, Alicia, La prostitución desde una perspectiva de los Derechos Humanos, MDM, 2009, p. 1 y ss.
- BRUFAO CURIEL, Pedro, Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición, Estudios de progreso, 33, 2008, p.1 y ss.
- CARMONA CUENCA, Encarna, ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?, en Serra Cristóbal, Rosario (coord.), Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CASTELLANOS RODRÍGUEZ, Belén, Prostitución, sexualidad y producción, una perspectiva marxista, RCCSJ, 17, 2008, p. 1 y ss.
- CASTELLANOS TORRES, Esther / RANEA TRIVIÑO, Beatriz, La perspectiva de género y de los Derechos Humanos en el análisis de la prostitución y la trata de mujeres con fines de explotación sexual, Dilemata, 16, 2014, p. 161 y ss.
- COBO BEDIA, Rosa, Un ensayo sociológico sobre la prostitución, PS, 3, 2016, p. 897 y ss.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/ QUINTANAR DÍEZ, Manuel, De los delitos relativos a la prostitución en Cobo del Rosal (Dir.), Comentarios al CP, tomo II, Dykinson, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, Derecho Penal Español: parte especial, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.

- DE ELENA MURILLO, Victorio, [nombre del artículo/capítulo], en Amadeo Gadea, Código penal parte especial, Factum libri ediciones, Madrid, 2009, p.371 y ss.
- Díez RIPOLLÉS, José Luis, El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, RDPC, 6, 2000, p.69 y ss.
- El sistema español: los delitos, Universidad de Navarra, 2012. Disponible en: <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/violenciaointimidacion.html> .
- FERRO VEIGA, José Manuel, Prostitución: ¿Regularizar o perseguir?, Formación Alcalá, Jaén, 2013.
- FIGUEROA NAVARRO, Carmen, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADPCP, 68, 2015, p. 419 y ss.
- FITA ORTEGA, Fernando, El trabajo sexual en la doctrina judicial española, en Serra Cristóbal, Rosario (coord.), Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos/ MESTRE DELGADO, Esteban, Lecciones de derecho penal parte especial, 2ªed., Edisofer, Madrid, 2015.
- GAVILÁN RUBIO, María, Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción, AJEE, 48, 2015, p.103 y ss.
- GAY HERRERO, Sylvia, Fórmulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales, en Serra Cristóbal, Rosario (coord.), Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Derecho penal sexual y reforma legal, análisis desde una perspectiva político criminal, RECPC, 07-04, 2005, p.04.1 y ss.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, De los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores, artículos 187 a 190, en Gómez Tomillo (Dir.) Comentarios al CP, 2ªed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p.743 y ss.
- GUEREÑA, Jean-Louis, Los orígenes de la reglamentación de la prostitución en la España contemporánea. De la propuesta de Cabarrús (1792) al Reglamento de Madrid (1874), Dynamis, 15, 1995, p. 401 y ss.
- HEIM, Daniela, Prostitución y Derechos Humanos, CEFD, 23, 2011, p.234 y ss.
- HEIM, Daniela, Más allá del disenso: los Derechos Humanos de las mujeres en los contextos de prostitución, DL, 26, 2012, p.297 y ss.

- IGLESIAS SKULJ, Agustina, La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de derecho penal parte general, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. Luis, Comentarios al CP, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M. Luisa, La trata de mujeres para la explotación sexual, en Serra Cristóbal, Rosario (coord.), Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MAQUEDA ABREU, M. Luisa, Prostitución, feminismos y derecho penal, 101, Comares, Granada, 2009.
- MAQUEDA ABREU, M. Luisa, Hacia una justicia de los derechos: Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho penal parte general, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho penal parte general, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal parte especial, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, Enrique / SUÁREZ MIRA, Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PÉREZ ALONSO, Esteban, Tratamiento penal del cliente en la prostitución infantil y en otras actividades sexuales remuneradas con menores, RDPC, nº17, 2017, p.167 y ss.
- POYATOS I MATAS, Gloria, La prostitución como trabajo autónomo, Bosch, Barcelona, 2009.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, Derecho penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, Comentarios a la parte especial del derecho penal, Aranzadi, Navarra, 2016.

- TORRES, Nuria/ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Políticas criminalizadoras de la prostitución en España, efectos sobre las trabajadoras sexuales, RECPC, 2013, núm.15-06, p. 06.1 y ss.
- TURU SANTIGOSA, Dolors / GONZÁLEZ ESCODA, Josep, Los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución: competencias municipales y licencias, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La trata de seres humanos para explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados, RDPC, 7, 2012, p. 81 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales, RECPC, 15-06, 2013, p.06.1 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, A vueltas con la prostitución callejera: ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?, EPC, 35, 2015, p. 413 y ss.

LEGISLACIÓN

- Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI). DOCE.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. BOE de 11/12/2003.
- LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.
- LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP. BOE núm.152, de 23 de junio de 2010.
- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. BOE núm.166, de 12 de julio de 2007.
- Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona. Acuerdo del Consejo Plenario de 23 de diciembre de 2005.
- Ordenanza para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla. BOP de Sevilla núm. 119, de 26 de mayo de 2011.
- Circular 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, 2015-2018. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

JURISPRUDENCIA

- Acuerdo de Pleno de la Sala segunda del TS 2/1999, de 12 de febrero.
- Acuerdo de Pleno de la Sala segunda del TS 5/2006, de 30 de mayo.
- Acuerdo del Pleno de la Sala segunda del TS 2/2008, de 26 de febrero.
- STS 724/2000, de 17 de abril.
- STS 1016/2003, de 2 de julio.
- STS 1045/2003, de 18 de julio.
- STS 992/ 2005, de 28 junio.
- STS 1357/2005, de 14 de noviembre.
- STS 380/2007, de 10 de mayo.
- STS 1059/2007, de 20 de diciembre.
- STS 425/2009, de 14 de abril.
- STS 126/2010, de 15 de febrero.
- STS 510/2010, de 15 de mayo.
- STS 404/2013, de 7 mayo.
- STS 542/2013, de 20 de mayo.
- STS 102/2014, de 18 de febrero.
- STS 291/2015, de 21 de mayo.
- STS 379/2015, de 19 de junio.
- STS 552/2015, de 23 de septiembre.

- STS 608/2015, de 20 de octubre.
- STS 861/2015, de 20 de diciembre.
- STS 9/2016, de 21 de enero
- STS 396/2019, de 24 de julio.
- SAN 3834/2003, de 23 de diciembre.
- STSJ Cataluña 8972/2019, de 11 de noviembre.
- SAP Valencia 431/2006, de 12 de junio.